موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

العقود المدنيه الصغيرة

المواد (٤٨٦ - ٥٠٤) (٥٤٩ - ٥٥٧) (٦٩٩ - ٧١٧)

المجلد السابع



٩ ش سامى البارودى - باب الخلق - القاهرة
ت : ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

عقد الهبة • عقد الصلح • عقد الوكالة

المجلد السابع

المواد (٤٨٦ ـ ٥٠٤) (٥٤٩ ـ ٥٥٧)
(٩ [illegible] ٧٤٧



٩ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت: ٠٠٢٠٢ ٣٩٦٠٤٤٣ - ٠٠٢٠٢٢٣٩٣٨٦١٨

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

يتضمن هذا المجلد شرح ثلاثة عقود من العقود المدنية الصغيرة وهى :

١- عقد الهبة .

٢- عقد الصلح .

٣- عقد الوكالة .

وقد حرصنا بجانب التعمق فى الشرح الفقهى على إيراد كافة أحكام القضاء المتعلقة بالمسائل محل البحث لاسيما أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا حتى أحدثها .

والله أسأل أن يكون هذا الجهد نافعا مثمرا ،

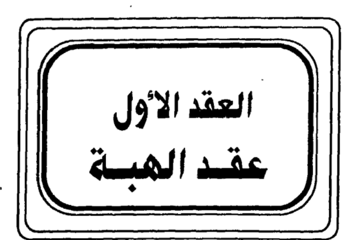
والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ،،

المؤلف

المستشار

محمد عزمى البكرى

رئيس محكمة الاستئناف


العقد الأول
عقد الهبة

موضوع رقم (١)

(التنظيم التشريعي لعقد الهبة - تعريف عقد الهبة - خصائص عقد الهبة - تمييز عقد الهبة عن غيره من التصرفات)

١ - التنظيم التشريعي لعقد الهبة :

تناول التقنين المدني القديم الهبة فى المواد (٤٨ - ٥٣) الواردة ضمن الباب الخامس الخاص بأسباب كسب الملكية والحقوق العينية . وكانت هذه النصوص تقتصر على الأحكام الخاصة بشكل الهبة وعلى جانب يسير من أحكامها الموضوعية .

وقد كان يتعين الرجوع فيما لم ينص عليه التقنين من أحكام إلى قانون الأحوال الشخصية ، تأسيسا على أن الهبة ملحقة بالأحوال الشخصية وإن كانت بحسب طبيعتها من الأحوال العينية لأن المشرع لاحظ قيامها غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة فأخرجها من اختصاص المحاكم المدنية[1] التى تطبق القانون المدنى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

« الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية ككون إنسان ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا،

والتي ليس من شأنها النظر فى المسائل التى تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى حكمها (١).

أما التقنين المدنى الجديد ، فقدم نظم عقد الهبة تنظيما كاملا من حيث الشكل والموضوع . وقد نظر التقنين فى ذلك إلى أن الهبة عقد مالى كسائر العقود ، فينبغى أن يستوفى التقنين المدنى أحكامها جميعا

= أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية ، أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية ، وإذن ، فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هى من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية- وكلها من عقود التبرعات - تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة ، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقدير حكمها. على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شئ مما تختص به من تلك العقود ، فإن نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها ».

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٣ق جلسة ١٩٣٤/٦/٢١) .

(١) الدكتور أكثم الخولى العقود المدنية- الصلح والهبة والوكالة الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ٧٢ .

وأن يضعها فى مكانها بين العقود الأخرى ، لا كما فعل التقنين القديم، وقد انتبذ بها مكانا لا يخطر على البال .

وقد استمد التقنين الأحكام الموضوعية فى الهبة من الشريعة الإسلامية وبخاصة كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا حيث قننت هذه الأحكام . أما الأحكام المتعلقة بالشكل فقد إستبقى المشرع فيها التقنين القديم مع شئ من التعديل .

وقد جعل نصوص الهبة فى أقسام ثلاثة : أولها يتناول أركان الهبة، والثانى يبين أحكامها، والثالث يحدد جواز الرجوع فيها ، وللرجوع فى الهبة خاصية تميزها عن كثير من العقود [١] .

أما الأركان فهى : الرضاء ، والمحل ، والسبب ، والشكلية ، وقد عرض المشروع فى هذا الصدد للوعد بالهبة ، وللهبة فى مرض الموت، ولهبة ملك الغير ، وللهبة المقترنة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع ، وللهبة المشروط فيها عدم التصرف ، وللهدايا إذا فسخت الخطبة ، وقرر[٢] أن الهبة يجب أن تكون فى ورقة رسمية [٣] ، إلا إذا كانت مستترة تحت ستار عقد آخر ، أو كانت هبة منقول تم تسليمه، وقد صرف النظر عن تعديل التقنين القديم فى شأن ذلك ، لأن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجزء الرابع ص ٢٤١.

(٢) ورد فى النظرة العامة لمذكرة المشروع التمهيدى « هبة العقار» بدلا من « الهبة» .

(٣) ورد فى النظرة العامة لمذكرة المشروع التمهيدى العبارة الآتية « حتى لو =

هـــذه القـواعــد قـــد ألـفـهــا المتـعـاملون من زمـــن طويل أو لم يجد مـا يدعو إلى تغييرها .

وفى أحكام الهبة اتخذ المشروع البيع نموذجا تسير الهبة على غراره ، فـهناك التـزامـات فى ذمـة الواهب هى . نقل ملكيـة الموهوب وتسليمـه ، وضمان الاستحقاق ، وضمـان العيب . أما الموهوب له فلا يكاد يلتزم بشئ لأن الهبة تبرع ، إلا أن الواهب قد يشترط العوض فيلتزم الموهوب له بأدائه فى حدود قيمة الموهوب .

والرجوع فى الهبـة نقلت أحكامـه عن الشريعـة الإسلامـيـة . فـالهبـة يجـوز الرجـوع فـيـهـا بالتـراضـى أو بالتـقـاضـى ، وقـد حـدد المشـرع هذه القـاعدة تحـديدا واضـحا ، فليس معناها أن الهبـة يجـوز الرجـوع فـيـهـا إطلاقا ، بل يشترط فى الرجوع - إذا لم يرض به الموهوب له - أن يكون عند الواهب عـذر مقبـول فيـه ، وأورد المشرع أمثلة من العـذر المقبـول مما يقرب الشريعة الإسلامية من القوانين الأجنبية ، وهناك موانع للرجوع فى الهبة نقلت عن الشريعـة الإسلامية كما قننها قدرى باشا فى كتـابه عن الأحوال الشـخصيـة ويمكن القول بوجـه عـام إن المشرع أكسب عقد الهبـة

= كانت هبة مستترة » يستطيع الغير أن يحتج بها إن كانت له مصلحة فى ذلك وفقـا لأحكام الصورية ، وفى هذه المسألة يخالف المشروع أحكام التـقنين (القديم) ، أما فى المنقول فالقبض ضرورى لتمام الهبة اتباعا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولا تغنى الرسمية عن القبض خلافا لأحكام التقنين الحالى » .

صلابه وقوة فى الإلزام على النحو الذى ينبغى أن يكون لعقد هو - وإن كان تبرعا - ملزم للمتعاقدين كسائر العقود [١] .

٢ - تعريف عقد الهبة :

عرفت الفقرة الأولى من المادة ٤٨٦ من التقنين المدنى الجديد عقد الهبة بأنه : « عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض».

وقد اعتور هذا التعريف قصوره عن إيضاح المميزات الرئيسية لعقد الهبة .

فمن ناحية ، أغفل وجوب نقل الملكية حال حياة الواهب ، فأغفل بذلك فرقا هاما بينها وبين الوصية .

إلا أنه لم يفت على المذكرة الإيضاحية أن تشير إلى أن الهبة « عقد يتم فى حال الحياة » [١] .

ومن ناحية ثانية ، أغفل التعريف قصد التبرع كعنصر أساسى للهبة، وبالتالى فإنه يشمل الكفالة العينية ، وهى رهن مال لدين على آخر .

فالكفيل العينى « يتصرف فى مال له دون عوض » ، كما تنص المادة ١/٤٨٦ مدنى ، ولكنه ليس واهبا وإن كان متبرعا [٢] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٤٤ وما بعدها .

(٢) لا تتحقق الهبة فى الكفالة العينية إلا فى حالة ما إذا أوفى الكفيل العينى الدين المكفول وتنازل عن مطالبة هذا الأخير بالمبلغ المدفوع إلى الدائن . ففى هذه الحالة يكون التنازل هبة غير مباشرة ، لا الكفالة العينية ذاتها (الدكتور =

وكان نص المادة ٦٥٩/ ١ من المشروع التمهيدى يبرز قصد التبرع إذ يضيف على التعريف « ويكون من شأن هذا التصرف أن يثرى الموهوب له» ، ولكن هذه الإضافة حذفت فى لجنة المراجعة لعدم ضرورتها » ، مع أنها فى الحقيقة ضرورية (١) .

و من هذا يبين أن الهبة عقد يتم فى حال الحياة بتصرف بمقتضاه الواهب فى ماله دون عوض بنية التبرع تصرفا من شأنه أن يثرى الموهوب له (٢) .

ولم يتضمن التقنين المدنى القديم تعريفا للهبة ، وإن كان هذا التعريف كان معمولا به فى ظله (٣) .

= محمود جمال الدين زكى مبادئ القانون المدنى فى العقود المسماة – الصلح، الهبة ، القرض والدخل الدائم ، العارية الطبعة الأولى ص ٥٧ هامش ٣١) .

(١) أكثم الخولى ص ٧٥– محمود جمال الدين زكى ص ٥٦ وما بعدها.

(٢) أكثم الخولى ص ٧٥ وما بعدها .

(٣) **تعريف الهبة لغة :**

الهبة لغة التبرع والتفضل على الغير ولو بغير مال بما ينتفع به مطلقا ، سواء أكان مالا أم كان غير مال .

(الدكتور محمد كامل مرسى العقود المسماة – الجزء الثانى الطبعة الثانية ١٣٧١ هـ ١٩٥٢ م ص ١٦ .

وقد جاء بالمعجم الوجيز طبعة مجمع اللغة العربية الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠ هـ (١٩٨٠ م) ص ٦٨٢ .

(وَهَبَ) له الشئ – (يَهَبُه) وَهْباً ، وهِبةً : أعْطاهُ إيّاه بلا عِوَض . فهو واهبٌ ووَهُوبٌ ووهّابٌ .

ويبين من هذا التعريف أن للهبة خصائص أربع نعرض لها فيما يلي.

٣ - خصائص عقد الهبة :

أولاً : الهبة عقد بين الأحياء :

الهبة عقد يتم بإيجاب وقبول متطابقين فلا تنعقد الهبة بإرادة الواهب وحده ، بل لابد من قبول الموهوب له . وفى هذا تختلف الهبة عن الوصية التى تنعقد بالإرادة المنفردة للموصى ويجوز له الرجوع عنها ، فهى لا تنتج أثرها إلا بموت الموصى .

(وشرعا) تمليك المال بلا عوض (تكملة فتح القدير على شرح الهداية الجزء التاسع ص١٩ .

وقد قال الله تعالى : ﴿ ووهبنا له اسحاق ويعقوب ﴾ . وقال تعالى : ﴿ يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ﴾ وقال : ﴿ ووهبنا لداود سليمان ﴾ .

جواز الهبة شرعا :

الهبة عقد جائز شرعا . وقد ثبت جوازها بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها﴾.

والمراد بالتحية العطية . وقيل المراد بالتحية السلام. والأول أظهر ، فإن قوله « أو ردوها » ، يتناول ردها بعينها وإنما يتحقق ذلك فى العطية.

وقال تعالى : « فإن طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ﴾ . وإباحة الأكل بطريق الهبة دليل جواز الهبة .

أما السنة فحديث أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها » .

ولأن الهبة من باب الإحسان واكتساب سبب التودد بين الإخوان فقد قال الرسول عليه السلام « تهادوا تحابوا » .

ولئن كان يشترط رضاء الموصى بالوصية بعد موت الموصى ، فليس قبولا لإيجاب الموصى ، بل هو تثبيت لحق الموصى له فى الموصى به حتى لا يكسب حقا بغير رضائه . ويقطع فى ذلك أن الموصى له يكسب الموصى به لا من وقت قبوله الوصية بل من وقت موت الموصي ، ولو كانت الوصية عقدا تتم بقبول الموصي له لكسب هذا ملكية الموصى به من وقت قبوله لا من وقت موت الموصى [١] .

وطالما أن الهبة عقد ، فهى عقد بين الأحياء ، لأن القانون المصرى – عكس القانون الرومانى – لا يعرف العقد إلا بين الأحياء . أما القانون الرومانى فيعرف الهبة لما بعد الموت أى التى يرجأ فيها انتقال الملكية لما بعد وفاة الواهب . وهى هبة يتجرد بها الواهب من ماله دون مقابل لصلحة الموهوب له عندما يخشى أن تكون منيته قد دنت ، كأن يكون موشكا على الاشتباك فى حرب أو فى مبارزة أو كأن يكون مصابا بمرض خطر ، ولا ينتقل ملك الموهوب له إلا إذا مات الواهب قبله. فإذا نجا الواهب من الموت انفسخت الهبة من تلقاء نفسها [٢] .

ويري البعض أنه يمكن تخريج الهبة لما بعد الموت طبقا للقواعد العامة علي أنها هبة مضافة إلي أجل غير محدد . ومن ثم تختلط بالوصية[٣] .

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الخامس المجلد الثانى سنة ١٩٦٢ ص ٦ .

(٢) السنهورى ص ٦ .

(٣) الدكتور محيي الدين إسماعيل علم الدين العقود المدنية الصغيرة فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية والقوانين العربية الطبعة الثانية ص١١ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني أنه :

« ويلاحظ أنه الهبة عقد يتم في حال الحياة . أما الهبة لما بعد الموت، وتختلف عن الوصية في أنه لايجوز الرجوع فيها إلا حيث يجوز الرجوع في الهبة ، فباطلة ويكون الموهوب لورثة الواهب (م٥٠٤ فقرة ثانية من قانون الأحوال الشخصية » [١] .

وينتقد البعض ما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية من بطلان الهبة لما بعد الموت ، تأسيسا علي أن المذكرة الإيضاحية تستند في تقرير هذا الحكم إلي المادة ٥٠٤ فقرة ثانية من قانون الأحوال الشخصية وهي تقرر بطلان الرقبي[١] شرعا . وأنه لا محل لهذا الاستناد لأن بطلان الرقبي شرعا ليس إلا تطبيقا لمبدأ شرعي عام لا نظير له في التقنين المدني وهو عدم جواز إضافة التمليكات إلي المستقبل . ولا شك في أن أحكام الهبة في التقنين الجديد قد نقلت أساسا عن الشريعة الإسلامية . ولكن إغفال النص علي بطلان هذه الهبات يدل علي رغبة المشرع عن هذا الحكم الخاص .

ولذلك يجب اعتبار الهبة لما بعد الموت وصية يجوز الرجوع فيها

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجزء الرابع ص ٢٤٤ .

(٢) الرقبى التى تنص هذه المادة على بطلانها صورتها أن يقول: دارى لك رقبى إن مت قبلك فهى لك وإن مت قبلى فهى لى . وسميت هذه الهبة بالرقبى لأن كلا الطرفين يترقب موت الآخر فيخلص له الموهوب .

مطلقا ولا تنفذ إلا في ثلث التركة . أما القول ببطلانها بحيث يكون الموهوب لورثة الواهب فليس له ما يبرره [١] .

ثانيا : تصرف الواهب في مال له :

رأينا أن الفقرة الأولي من المادة ٤٨٦ من التقنين المدني عرفت الهبة بقولها : « الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض » فالهبة وإن كانت من عقود التبرع إلا أنه يميزها أن الواهب يتصرف في مال له . ذلك أن عقود التبرع تشمل طائفتين من العقود : عقود محل الالتزام فيها عمل أو امتناع عن عمل دون مقابل ، مثل العارية والوديعة والوكالة والكفالة ، فهذه العقود تبرعات طالما أنها تتم بلا أجر وعقود محل الالتزام فيها إعطاء شئ دون مقابل وهذه هي الهبة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

« يعرف المشروع الهبة تعريفا يميزها عن غيرها من أعمال التبرعات،

---

(١) أكثم الخولى ص ٧٧ – ويتفق معه فى النتيجة الدكتور السنهورى ص ٧٠ وما بعدها إذ يذهب إلى أنه : « فلا يجوز فى القانون المصرى أن يعقد الواهب هبة باتة ويرجئ فى الوقت ذاته نقل ملكية الموهوب إلى ما بعد موته ، ولا يستطيع أن يعقل ذلك إلا عن طريق الوصية وبإرادته المنفردة التى يجوز له الرجوع فيها » والمعلوم أن الوصية لا تجوز بغير إجازة الورثة إلا فى ثلث التركة ، أما الهبة فتجوز فى كل المال – وعكس الرأى السابق محمد كامل مرسى ص ١٩ – جمال زكى ص ٥٨ فيريان أن الهبة لما بعد الموت باطلة ، ويكون الموهوب لورثة الواهب .

فهي تشترك مع سائر التبرعات (كعارية الاستعمال والوديعة دون مقابل) في أنها تجعل الموهوب له يثري دون عوض ، وفي أنها تقترن بنية التبرع ، ولكنها تنفرد بخاصية هي أنها من أعمال التصرف ، فالواهب يلتزم بنقل ملكية دون مقابل ، ويترتب علي ذلك أن الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، كما في عارية الاستعمال والوديعة ، لايكون هبة وإن كان تبرعا ، ولا يكون الامتناع عن الإثراء ، من باب أولي ، هبة ، فإذا رفض الموصي له الوصية ، أو رفض المستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير الحق المشترط لمصلحته ، فلا يعتبر ذلك هبة منهما ، كذلك لا يكون الإبراء من الدين والاشتراط لمصلحة الغير إلا هبة غير مباشرة ، لأنها لا تشتمل علي التزام بنقل الملكية » [١] .

فالأصل أن الواهب يلتزم بنقل حق عيني إلي الموهوب له . ويتحقق هذا بالتصرف مباشرة في المال فينقل الواهب للموهوب له ملكية عقار أو منقول .

ويستوي أن يكون الحق الموهوب حق ملكية في العقار أو المنقول، أو أن يكون حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكني أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية .

وقد يكون ذلك بأن يلتزم الواهب للموهوب له بحق شخصي هو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٤٤.

إعطاء شيء ، كأن يلتزم الواهب للموهوب له بمبلغ من النقود : وهذا تصرف غير مباشر في المال إذ هو إنقاص من مجموع ذمة الواهب[١] .

ثالثا : التصرف في المال دون عوض :

رأينا أن الفقرة الأولي من المادة ٤٨٦ مدني عرفت الهبة بأنها عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض .

فيجب أن يكون التصرف في المال الموهوب دون مقابل . ويعني هذا من ناحية ألا يكون في ذمة المتصرف التزام سابق نحو المتصرف إليه يعتبر تصرفه وفاء له ، ومن ناحية أخري ألا يدخل في ذمة الأول عوضا عما خرج منها إلي الثاني . وبعبارة أكثر إيجازا ينحصر العنصر المادي في افتقار المتصرف واغتناء المتصرف إليه بسببه [١] .

وهذا العنصر يطلق عليه العنصر المادي أو الموضوعي في الهبة تمييزا له عن العنصر المعنوي وهو نية التبرع كما يلي . وليس ثمة مانع من أن تكون الهبة دون عوض أن تكون من الهبات المتبادلة . فقد يهب شخص آخر شيئا ، ثم يهب الموهوب له شيئا للواهب ، فتكون الهبتان متبادلتين . وتكون كل منهما دون عوض ، لأن كلامن الهبتين ليست عوضا عن الهبة الأخري ، بل كل واهب قد وهب بنية التبرع غير ناظر

---

(١) السنهوري ص ١٠ .

(٢) محمود جمال الدين زكي ص ٦٧ وما بعدها .

إلي الهبة الأخري كعوض عن هبته . وينطبق ذلك أيضا علي الهبات المتبادلة في مناسبات معينة ، كالأفراح وحفلات القران وأعياد الميلاد ، فالصديق يقدم هدية لصديقه في إحدي هذه المناسبات قاصدا التبرع ، ولاينفي هذه النية عنده أنه يتوقع أن صديقه سيقدم له هدية في مناسبة مقبلة [1] .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة الصف الجزئية بأن :

«ما يقدمه الناس بعضهم لبعض في الأفراح باسم «النقوط» إن هو إلا هبة تتم بالقبض ، ولاحق للواهب في طلب استرداد هبته . وللموهوب له حق ردها بمثلها أو أقل أو أكثر منها ، في ظروف كالظروف الذي أخذها فيها ، وهذا يكون بالتراضي لا بحكم القاضي» [2] .

ولكننا سنري أنه لا ينال من الهبة أن يشترط الواهب عوضا لهبته، والعوض هو التزام ينشئه عقد الهبة في ذمة الموهوب له لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة . ويكون العوض عادة أقل من الهبة. ويكون المقدار المتبرع به هو الفرق بين قيمة المال الموهوب والعوض المشترط .كما أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨٦ تنص علي أنه يجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض علي الموهوب له القيام بالتزام معين .

---

(١) السنهورى ص١٢ .

(٢) ٢٩ يناير ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٧/ ٢٠ ص٦٠ ومشار إليه فى السنهورى ص ١٢ هامش (٢) .

رابعاً : نية التبرع :

نية التبرع - كما أسلفنا - هي العنصر المعنوي في الهبة . فيجب أن تتوافر في الواهب عند الهبة نية التبرع . ويمكن تعريفه بوجه عام بأنه إرادة المتصرف في أن يتجرد عن الحق محل العقد دون الحصول علي عوض يساويه . فالواهب لا يبغي تحقيق غرض نفعي ، ولا يرمي من وراء الهبة إلي تحقيق مصلحة شخصية له ، بل يقوم بتضحية لا يريد منها إلا إغناء الموهوب له .

وتنعدم نية التبرع بطبيعة الحال إذا قصد المتصرف إلي تحقيق منفعة لا يتسني له الحصول عليها دون العقد فمناط وجوب هذا العنصر أو انعدامه هو ما أضمره المتصرف في نيته وقت العقد وما توخاه من إبرامه .

وإذا تمخضت نية الواهب عن التبرع كان التصرف هبة لو جني بسببه ربحا لم يدخل في حسبانه . ويكون معاوضة إذا كان له من ورائه مأربا ولو تخلف ظنه في تحققه ، فمعيار التقدير شخصي أو ذاتي وليس نوعيا أو مجردا ، يجب للكشف عنه البحث في نية المتصرف وتحسس ما كان يدور في خلده وقت التعاقد لا الأخذ بمعيار مادي أو مجرد . وتقدير ما إذا كانت هذه المنفعة أو تلك المصلحة

مساوية لما أعطي للحصول عليها ، أو ما إذا كان في العقد الوسيلة المؤدية إلي تحقيقها[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« نية التبرع مسألة نفسية وتعرفها من شئون محكمة الموضوع . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توافر نية التبرع لدي المورث وقت التصرف من إرادته الهبة أي التصرف بدون عوض وأثبت الحكم أن الثمن المسمي في العقد صوري لم يقصد المورث المتصرف قبض شئ منه فإن الحكم يكون بذلك قد دلل علي أن المورث لم يقصد من التصرف تحقيق أية منفعة له وإنما مجرد تضحية من جانبه لأجل الموهوب له وهو ما يكفي للتدليل علي توافر نية التبرع ولا علي الحكم إن هو استخلص هذه النية أيضا من وراء المتصرف بالهبة لأن نية التبرع تختلط في الواقع بركن الرضاء في الهبة فالواهب عند ما يرضي بالهبة وهي نية التبرع تختلط في الواقع بركن الرضاء في الهبة فالواهب عندما يرضي بالهبة وهي تعني التصرف في ماله دون عوض فإن رضاءه هذا يكون متضمنا نية التبرع ».

(طعن رقم ٣٥١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٧)

ومن الحالات التي تتقدم فيها نية التبرع ما يأتي :

---

(١) محمود جمال الدين زكي ص ٦١ وما بعدها .

ومن الحالات التي تتقدم فيها نية التبرع ما يأتي :

(أ) الوفاء بالتزام طبيعي :

الالتزام المدني يقوم علي عنصرين : الأول هو عنصر الواجب أو المديونية . والثاني هو عنصر المسئولية أو الجزاء . أما الالتزام الطبيعي فهو التزام يقوم علي عنصر واحد هو عنصر الواجب أو المديونية ، فالالتزام الطبيعي لذلك التزام ناقص . فلئن كان من الواجب علي المدين في التزام طبيعي أن يوفي بالتزامه ، إلا أنه إذا تخلف عن الوفاء به فلا يجبر علي ذلك ، وعلي ذلك نصت المادة ١٩٩ مدني بقولها : « (١) ينفذ الالتزام جبرا علي المدين (٢) . ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه » .

والالتزام الطبيعي بهذا الوصف يقترب كثيرا من الواجب الأخلاقي الذي لا يحميه القانون بأي جزاء مدني . وهو في الواقع يقف في مرتبة وسطي بين الالتزام المدني والواجب الأخلاقي .

والالتزام الطبيعي يرجع في أصله إلي الواجب الأخلاقي من ناحية وإلي الالتزام المدني من ناحية أخري ، فهو إما واجب أخلاقي ارتفع في نظر القانون إلي درجة يبرر الاعتداد به ، دون أن يصل مع ذلك إلي مرتبة الالتزام المدني . أو هو بحسب أصله التزام مدني انخفضت قيمته في نظر القانون . فأصبح لايترتب علي الإخلال به أي جزاء ، ولكنه لم يصل في انخفاضه إلي درجة الواجب الأخلاقي الذي لايعتد به القانون إطلاقا [١] .

---

(١) الدكتور سمير عبد السيد تناغو أحكام الالتزام والإثبات ص ٣٩٧ وما بعدها .

وتنص المادة ٢٠٠ مدني علي أن : « يقدر القاضي ، عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي وفي كل حال لايجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام » .

ويبين من هذا النص أنه يشير إلي حالات نص المشرع فيها علي وجود التزام طبيعي . ومن هذا القبيل نص المادة ٣٨٦ فقرة أولي في باب التقادم وهو يقضي بأن يترتب علي التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي . وكذلك نص المادة ٤٨٩ في باب الهبة وهو يقضي بأنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه ». وتدل الأعمال التحضيرية علي أن المقصود بهذا النص اعتبار الهبة الباطلة شكلا منشئة التزاما طبيعيا في ذمة الواهب وورثته من بعده[١].

وفيما عدا الحالات التي يوجد فيها نص خاص علي وجود التزام طبيعي يكون للقاضي سلطة تقدير وجود الالتزام الطبيعي في كل حالة علي حدة . والقاضي يسترشد في هذا الشأن بفكرة العدل ، أساس القانون ، والمصدر البعيد لكل أحكامه . لايعتمد في بحثه علي فكرته الشخصية عن العدل ، ولكنه يراعي أصلا الشعور السائد في الجماعة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٥١ وما بعدها .

والقيم التي ينبض بها ضمير هذه الجماعة ، ولذلك فإن إقرار القاضي بوجود التزام طبيعي ، لايعتبر عملا منشئا لهذا الالتزام بل هو كاشف له فقط [(١)] .

ويؤخذ من استقراء الحالات التي قررت فيها المحاكم وجود التزام طبيعي ، ضرورة توافر شروط ثلاثة في كل منها ، هي :

١- وجود واجب أدبي بلغ من التحديد من حيث محله ومن حيث تعيين طرفيه ما يجعله يشبه الالتزام القانوني من حيث صلاحيته للتنفيذ ، سواء أكان هذا الواجب متخلفا من التزام مدني لحقه البطلان أو الانقضاء دون وفاء ، أم كان واجبا أدبيا بلغ من التحديد والقوة ما يرفعه إلي مرتبة الالتزام الطبيعي فإذا كان واجب الإحسان إلي القريب مثلا يعتبر واجبا أدبيا عاما وغير محدد من حيث محله ومن حيث أطرافه ، وبالتالي غير كاف لتقرير وجود التزام طبيعي في ذمة الشخص ، فإنه إذا تحدد وتخصص بالنسبة إلي شخص معين ، فإنه يصح اعتباره التزاما طبيعيا .

٢- اعتقاد المدين عند وفائه بهذا الواجب الأدبي أو عند تعهده بالوفاء به أن هذا الواجب قد بلغ من القوة الحد الذى يجعله التزاما طبيعيا لا واجبا أدبيا فحسب ويستوي في ذلك أن يكون هذا الاعتقاد

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٣٩٨.

مبنيا علي إحساس المدين نفسه بقوة هذا الواجب أو أن يكون مبنيا علي شعور المجتمع بوجه عام بهذه القوة .

والعبرة باعتقاد المدين هذا وقت وفائه بالواجب الأدبي أو وقت تعهده بوفائه ، وأنه لا عبرة بوجود هذا الاعتقاد أو عدمه طالما لم يحصل وفاء أو تعهد بالوفاء ، لأن أمر وجود الالتزام الطبيعي أو عدمه لايثور إلا بعد حصول الوفاء أو التعهد وبمناسبة رغبة المدين أو ورثته في استرداد ما وفي أو في عدم تنفيذ ما تعهد به .

٣ - عدم مخالفة قيام الالتزام الطبيعي للنظام العام . وقد نصت المادة ٢٠٠ في عجزها صراحة علي هذا الشرط .ومؤداه أنه مهما اشتد إحساس الفرد أو الجماعة بأن واجبا أدبيا معينا قد قوي حتي بلغ حد الالتزام الطبيعي ، فإن هذا الإحساس لا يكفي لترتيب التزام طبيعي مادام قيام هذا الالتزام يخالف النظام العام . ومثل ذلك جميع الالتزامات التي تبطل لعدم مشروعية سببها . وقد طبق المشرع ذلك في المادة ٢٢٧ مدني الخاصة بتعيين حد أقصي للفوائد الاتفاقية حيث نص فيها علي أنه إذا اتفق الطرفان علي فوائد تزيد علي هذا السعر وجب تخفيضها إلي ٧٪ ويتعين رد ما دفع زائدا علي هذا القدر ، أي أنه جعل الاسترداد واجبا في كل حال سواء كان المدين قد دفع الزيادة مجبرا أو مختارا ، وسواء كان في هذه الحالة الأخيرة قاصدا وفاء دين طبيعي أو غير قاصد ذلك.

كما طبق المشرع ذلك في المادة ٧٣٩ مدني التي نصت علي بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان ، وعلي أن لمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدي فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك . أي أن المشرع لم يعتبر دين القمار دينا طبيعيا يمتنع استرداده بعد الوفاء به ، وذلك لما رآه فيه من مخالفة للنظام العام [١] .

وطبقا للمادة ٢٠١ مدني لايسترد المدين ما أداه باختياره ، قاصدا أن يوفي التزاما طبيعيا .

وعملا بالمادة ٢٠٢ من ذات القانون ، فإن الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني .

وبالترتيب علي ذلك ، إذا كان الشخص يوفي التزاما طبيعيا ، فإن نية التبرع تنعدم عنده ، فهو لا يتبرع وإنما يوفي دينا وإن كان لايجبر علي الوفاء ، فيكون تصرفه هذا وفاء لايجوز له الرجوع فيه .

ومثال ذلك : تجهيز الأب ابنته أو إعطاء الأب ابنه المهر ليعينه علي الزواج ، أو إعطاؤه مبلغا من المال ينشئ به متجرا أو نحو ذلك[٢] .

---

(١) الدكتور سليمان مرقس أحكام الالتزام ١٩٥٧ ص٢٠ وما بعدها .

(٢) محيي الدين إسماعيل علم الدين ص ١٣ .

(ب) - هبة المكافأة أو المجازاة :

هبة المكافأة أو المجازاة ، هي الهبة التي يقدم عليها الواهب رغبة في مكافأة شخص أسدي إليه خدمات معينة . كأن يمنح الشخص خادما له مبلغا من المال مكافأة له علي إخلاصه في العمل .

وهذه الهبة تنتفي فيها نية التبرع ، لأن مقدمها يفي بالتزام طبيعي، ذلك أن هبة المكافأة أو هبة المجازاة تكون معاوضة إذا كانت وفاء لالتزام طبيعي.

ويشترط لاعتبارها وفاء بالتزام طبيعي ما يأتي :

١- أن تكون الخدمات مقدرة القيمة أي يمكن تقديرها بالنقود وأساس ذلك أن الالتزام الطبيعي لا يمكن أن يقوم دون أن يكون محله معينا أو قابلا للتعيين [١] .

ويري البعض أنه يجب عدم التشدد في هذا الشرط إذ يؤدي إلي القول بأن إنقاذ حياة الغير أو شرفه لا يتخلف عنه التزام طبيعي علي من أسديت إليه الخدمة بمكافأة من أداها [٢] .

بل يضيف البعض - بحق- أنه لا وجه لاستلزام هذا الشرط من الناحية الفنية القانونية لأن صعوبة تقوم الخدمة بالمال لاتعني انعدام

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٨٨ - محمود جمال الدين زكى ص ٧٣ وما بعدها.

(٢) السنهورى ص ١٦ وما بعدها هامش (٣).

الالتزام الطبيعي بمكافأتها وذلك كالضرر الأدبي يعوض عنه ماليا وإن صعب قياسه بالوحدات النقدية ، ولايقول أحد اليوم برفض التعويض عنه بحجة استحالة تقويمه [١] .

٢- ألا يكون في تأدية الخدمات وفاء بالتزام مدني . ذلك أنه لايتخلف بداهة أي التزام طبيعي عن خدمة كان القائم بها ملزما قانونا بأدائها .

٣-ألا تكون الخدمة قد أديت تبرعا ، فإذا كان إسداء الخدمة علي سبيل التبرع كانت مكافأتها هبة كالشخص يكافئ صديقه المحامي الذي تبرع بالدفاع عنه أو كالإبن يكافئ والديه اللذين استضافاه وعائلته فترة من الزمن . وأساس هذا الشرط أن إسداء الخدمة تبرعا لاينشئ التزاما طبيعيا بالمكافأة عنها [٢] .

فإذا توافرت الشروط الثلاثة ، فإن الهبة تكون في حقيقتها معاوضة فلا تطبق عليها أحكام الهبة أو قواعد التبرعات .

ومن أمثلة ذلك ما يأتي :

١- ترتيب إيراد لخدم تفانوا في إخلاصهم لسيدهم.

٢- هبة لوكيل تطوع بتحصيل ديون الواهب.

---

(١) أكثم الخولى ص ٨٨.

(٢) أكثم الخولى ص ٨٦.

٣- إبراء دائن لمدينه في جزء من الدين لاستضافته له سنوات عديدة.

٤- مكافأة فتاة قامت بالخدمة في منزل أسرتها ، وولدين كانا عاملين زراعيين عند والدهما [١] .

٥- الإيراد المرتب مدي الحياة الذي يقرره غني لأرملة الطبيب الذي عالجه بعناية وإخلاص [٢] .

٦- الرسالة التي يصرح السيد بمقتضاها لعامله بأن يأخذ لحسابه مبلغا من النقود علي سبيل الهدية [٣] .

وقد أخذت بذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني إذ جاء بها في عداد الأمثلة الواردة للالتزامات الطبيعية « الالتزام بإجازة شخص علي خدمة أداها » [٤] .

وإذ لم تكن الهبة مجرد تبرع ، بل كانت ذات صفة مختلطة وكانت بمقابل في نفس الوقت ، كالتبرع الذي تمليه علي الواهب رغبته في الوفاء بالتزام طبيعي وأدبي نحو الموهوب له ، فإن العقد لايكون هبة[٥].

---

(١) راجع فى هذه الأمثلة : محمود جمال الدين زكى ص ٧٠ وما بعدها.
(٢) استئناف وطنى ١٧ فبراير ١٩٠٧ ، الحقوق السنة ٢٢ ص ٢٦٥ .
(٣) الاسكندرية الجزئية المختلطة ٢٩ ديسمبر ١٩٢٣ مشار إليه بمؤلف محمود جمال الدين زكى ص ٧١ هامش (٦) .
(٤) راجع محمود جمال الدين زكى ص ٧٢ .
(٥) محمد كامل مرسى ص ٨٩ - واستئناف مختلط ٤ أبريل ١٩١٦ الذى أشار إليه فى هامش (٤) .

٤ - تمييز الهبة عن غيرها من التصرفات :

(أ) - الهبة وعارية الاستعمال والوصية :

تشبه الهبة عارية الاستعمال والوصية من حيث أنها تمليك بلا عوض، غير أنها تختلف عنهما من حيث أن العارية تمليك المنفعة بلا عوض ، وهي تمليك العين والمنفعة لا المنفعة فقط .

والوصية تمليك مضاف إلي ما بعد الموت وهي تمليك للحال (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« إذا كان المسلم به من الخصوم أن السند موضوع الدعوي الصادر من والد إلي ولده إنما يستتر تبرعا ، ولم يكن الخلاف إلا علي وصف التبرع فيه هل هو منجز فيكون هبة نافذة أم مضاف إلي ما بعد الموت فيكون وصية لوارث موقوف نفاذها علي إجازة بقية الورثة ، ثم قالت المحكمة بأنه وصية لإضافة القبض فيه إلي أجل في حين أن المقرر كان له وقت الإقرار مبلغ من المال في أحد المصارف يسمح له بتنجيز التبرع منه وأن المتبرع له كان معوزا ، ثم لاشتراط عدم جواز حوالة السند وسكوت المتبرع له عن المطالبة به حتي توفي والده . فهذا التكييف غير صحيح ، لأن هذا التصرف إنما هو عقد هبة في صورة إقرار بدين مستكمل لجميع الشروط فهو صحيح ونافذ » .

(طعن رقم ٥ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٥/٢٣)

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٨ .

الهبة وإن كانت تصرفا منجزا ولايجوز فيها إرجاء نقل ملكية المال الموهوب إلي ما بعد موت الواهب إلا أن ذلك لايمنع الواهب من أن ينقل ملكية المال في الحال ويرجئ التسليم إلي ما بعد الموت ، ويظل منتفعا بالمال الموهوب طوال حياته .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- « إذا كان احتفاظ الواهب بحقه في الانتفاع بالمال الموهوب مدي حياته لايتحتم معه وجوب اعتبار العقد وصية ، ولا يتعارض مع تنجيز التصرف ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتمد في قضائه برفض ما تمسك به الطاعنون من أن عقد الهبة الصادر من مورثتهم إلي المطعون عليه الأول ، وهو غير وارث يخفي وصية علي ما استظهره من أقوال شهود المطعون عليه المذكور - الذين سمعتهم محكمة الاستئناف- ولم تكن محل نعي من الطاعنين - من أن عقد الهبة قد تم تنجيزه بأن استلم الموهوب له حال حياة الواهبة المنازل موضوع العقد ، واستغلها لحساب نفسه ، فإن النعي علي الحكم بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في تقدير الأدلة ، مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض ».

(طعن رقم ١٥٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٦)

٢- « العبرة في تكييف العقود يكون بحقيقة ما عناه العاقدان منها دون التقيد بتكييف العاقدين لها ، ولئن كانت الهبة كعقد يجوز أن تستر وصية إلا أن احتفاظ الواهب بحقه في الانتفاع بالمال الموهوب مدي

حياته لا يتحتم معه وجوب اعتبار العقد وصية ولا يتعارض مع تنجيز التصرف، ولماكان من المقرر في المادة ٤٨٦ من القانون المدني أن «الهبة عقد يتصرف به الواهب في مال دون عوض ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض علي الموهوب له القيام بالتزام معين» ومن ثم تكون الهبة عقداً لابد فيه من إيجاب وقبو ل متطابقين ولا تنعقد بإرادة الواهب المنفردة كما في الوصية وهي تصرف منجز ولا يجوز فيها إرجاء نقل ملكية المال الموهوب إلي ما بعد موته إلا أن ذلك لايمنع الواهب من أن ينقل ملكية المال في الحال ويرجئ التسليم إلي ما بعد الموت، وليس ثمة ما يمنع الواهب مادام لم يتجرد من نية التبرع أن يفرض علي الموهوب له القيام بالتزام معين سواء كان هذا الالتزام لمصلحة الواهب له أو لمصلحة الموهوب له أو لمصلحة الغير دون أن يمنع ذلك كله من كون العقد هبة بمقدار الفرق بين العين الموهوبة والعوض ».

(طعنان رقما ١٤٥٩، ١٤٦٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١/٤)

(ب) الهدية والصدقة :

الهدية والصدقة بمعني الهبة ، فكلها تمليك في الحياة بغير عوض . واسم العطية يشملها جميعها . ويمكن تعريف الهدية والصدقة بما يأتي : الهدية هي المال الذي يعطي لواحد أو يرسل إليه إكراما له [1] . وهي كالهبة في أحكامها .

---

(١) المجلة المادة ٨٣٤.

(٢) المجلة المادة ٨٣٥.

والصدقة هي المال الذي يوهب لأجل الثواب ، أي لوجه الله [٢] ، وهي كالهبة في كل أحكامها . إلا في الرجوع فيها ، فلا رجوع في الصدقة إذا تمت ، لأن المقصود بها نيل الثواب وقد حصل [١] .

٣- الهبة والإباحة :

ويطلق على الإباحة أيضا التحليل . وهي بمعني الهبة . وهي إذن الإنسان لغيره بأن ينتفع بماله أو يستهلكه أو يملكه . وعرفت في المادة ٨٣٦ من المجلة بأنها إعطاء الرخصة والإذن لأحد بأن يأكل أو يتناول شيئا بلا عوض .

وقد جاء بالفتاوي الهندية : رجل قال لآخر أنت في حل مما أكلت من مالي ، فله أن يأكل .

ومن أمثلة الإباحة الدراهم ونحوها التي تنثر علي الناس في الأفراح، فهي ملك لمن التقطها ، ولو كان ما التقطه مقدارا كبيرا منها [٢] .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٠ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٠ وما بعدها .

(شروط انعقاد الهبة)

٥ - تعداد :

الهبة عقد ، وبصفتها هذه يجب أن تتوافر فيها كل شروط العقود.

فيجب أن تتوافر فيها شروط الانعقاد (أركان العقد) وشروط الصحة.

وشروط الانعقاد لازمة لكي يوجد العقد صحيحا . فالعقد الذي لاتتوافر فيه هذه الشروط عقد لا قيمة له .

ويترتب علي عدم توافر شروط الانعقاد بطلان العقد بطلانا مطلقا.

وشروط الانعقاد العامة هي :

١- الرضاء .

٢- المحل .

٣- السبب .

٤- شرط شكلي وهو الرسمية . فقد استلزم القانون أن يوضع رضاء الطرفين علي الهبة في شكل خاص هو كقاعدة عامة محرر رسمي يقوم بإجرائه موظف مختص ، وذلك باستثناء الهبة غير المباشرة . ويترتب علي انتفاء الرسمية بطلان العقد .

موضوع رقم (٢)

(الرضـــــاء)

٦ – سريان القواعد العامة :

تسري القواعد العامة المقررة في نظرية العقد ، فيجب حصول الرضاء من المتعاقدين ، فيصدر إيجاب من أحد المتعاقدين يقبله المتعاقد الآخر.

ويجب أن يكون رضاء أحد الطرفين مطابقا لرضاء الطرف الآخر تمام المطابقة ، ويقال لذلك توافق الإيجاب والقبول.

٧ – الإيجاب والقبول :

تنعقد الهبة بإيجاب من الواهب ، وقبول من الموهوب له ، لأنها عقد، فلا بد لها من اقتران إرادتين [١] .

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

١– (أ)– « المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أن الإيجاب هو العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد ولايعتبر التعاقد تاما وملزما إلا بتوافر الدليل على تلاقى إرادة المتعاقدين على قيام هذا الالتزام ونفاذه ».

(ب)– « المفاوضات ليست إلا عملا ماديا ولايترتب عليها لذاتها أى أثر قانونى ».

(طعنان رقما ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣)

ويتحقق وجود الهبة شرعا - علي الراجح في مذهب أبي حنيفة - بإيجاب الواهب ولايعتبر القبول ركنا فيها ، وإنما هو شرط ثبوت الملك للموهوب له . ذلك أنها اسم لإيجاب ملك من جانب واحد ، وهو الواهب المالك ، وذلك الصنيع يتم به وحده (١) .

ولم يأخذ المشرع عندنا بهذا الرأي ، فاشترط قبول الموهوب له لانعقاد الهبة . وعلي هذا نصت المادة ٤٨٧ من التقنين المدني بقولها : « ١- لاتتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه » .

٢- فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصية ، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشئ الموهوب » .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه « لابد من قبول الموهوب له للهبة ولو بالسكوت ، ولكن القبول علي أية صورة كانت ضروري، لأن الهبة عقد لابد فيه من اقتران إرادتين، ويقبل الهبة الموهوب له أو نائبه..... إلخ » (٢) .

---

(١) فقد جاء بتكملة فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام الجزء التاسع ص ١٩ « وتصح بالإيجاب والقبول والقبض، أما الإيجاب فلأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول القبض لابد منه لثبوت الملك . وقال مالك : يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا » .

وجاء ببدائع الصنائع للكاساني فى الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ-١٩٨٢ م ص ١١٥ « أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر » .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٤٦ .

ولايشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا بألفاظ مخصوصة فيصح الإيجاب بأي لفظ يفيد الهبة ، كأن يقول الواهب . وهبت هذا الشئ لك ، أو ملكته منك ، أو جعلته لك ، أو هو لك ، أو أعطيته ،أو نحلته ، أو أهديته إليك . والنحلة هي العطية والهبة بمعني العطية .

ويصح القبول بأي لفظ كذلك ، مثل قبلت ، أو أخذت ، أورضيت[1] .

غير أنه لايشترط أن يكون الإيجاب صريحا ، وإنما يجوز أن يكون ضمنيا كزوج يقدم هدية لزوجته في عيد ميلادها ، أو صديق يقدم هدية لصديقه لمناسبة زفافه . وفي هذه الحالة يجب أن يقطع المظهر الذي اتخذه بقصد الموجب لأن نية الهبة لاتفترض [2] .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« إذا قضي الحكم برفض دعوي المدعي بنصيبه الميراثي في مبلغ مودع أحد البنوك بانيا ذلك علي أن المورث قد وهبه ولده في حال حياته فخرج من تركته ، في حين أنه كان من دفاع المدعي أنه ليس ثمة أي دليل علي صدور هبة من المورث ، وكان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حسابا خاصا في البنك لولده أودع فيه باسمه المبلغ

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٤ وما بعدها .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٣٢ وما بعدها .

المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسم، هو في ذات البنك ، فهذا الذي قاله الحكم ليس فيه ما يدل علي صدور إيجاب بالهبة من المورث ، لأن نية الهبة لا تفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرده أن يفيدها إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح ، وبهذا لا يكون الحكم قد عني بتحصيل الركن الأول الأساسي من أركان عقد الهبة وهو الإيجاب ، فيكون باطلاً » .

(طعن رقم ١٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٨)[(١)]

---

(١) كما قضت محكمة النقض بأن :

« لمحكمة الموضوع السلطة فى تعرف حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التى أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته . فإذا كان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع وهى بصدد الفصل فى الخصومة التى قامت بين الطاعنة والمطعون عليهم حول ما إذا كانت الهبة قد صدرت من الواهب لمورث الطاعنين الأولين والطاعن الثالث بصفتهما الشخصية أو اعتبارهما نائبين عن أهالى بلدة معينة لبناء مدرسة بها قد رجعت ، بجانب ما تضمنه العقدان الابتدائى والنهائى من عبارات ، إلى ظروف التعاقد وملابساته واستخلصت من ذلك أن فكرة إنشاء المدرسة قد نبتت لدى الأهالى وأن تشييدها كان تنفيذا لهذه الفكرة وأن الهبة قد صدرت من الواهب تنفيذا لهذا الغرض ، وكان هذا الذى استخلصته محكمة الموضوع سائغا لا يجافى المنطق ولا يناقض الثابت بالأوراق فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ تطبيق القانون » .

(طعن رقم ٤٧٨ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤)

ويعتبر مجرد سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب إذا تمخضت الهبة لمنفعته قبولا . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ مدني علي أن : « ويعتبر السكوت عن الرد قبولا ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه » [١] .

وقد رأينا سلفا أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ذهبت إلي أنه : « لابد من قبول الموهوب له للهبة ولو بالسكوت ، ولكن القبول ، علي أية صورة كانت ضروري ، لأن الهبة عقد لا بد فيه من اقتران إرادتين أما إذا كانت الهبة بعوض ، أو فرض فيها الواهب علي الموهوب له التزاما ، فإن السكوت في هذه الحالة لايعد قبولا إلا إذا كانت الظروف تدل علي أن الواهب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول ولم يرفض الموهوب له الهبة في وقت مناسب إذ تقضي الفقرة الأولي من المادة ٩٨ من التقنين المدني بأنه : « إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل علي أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب ».

٨ - توافق الإيجاب والقبول :

يجب توافق الإيجاب والقبول . فإذا قرر المعطي أن يعطي علي سبيل

---

(١) السنهوري ص ٣٠.

الهبة ، وقرر الطرف الآخر أنه يقبل علي سبيل آخر كالإعارة ، فلا تنعقد الهبة أو الإعارة . ولاتنطبق نظرية تحول العقد علي أساس أن النية المحتملة للمتعاقدين كانت تتجه إلي الإعارة لوتبين بطلان الهبة أو العكس ، لأن تحول العقد يرد علي عقد واحد تم توافق الإرادتين عليه ثم تبين بطلانه . ولكن الحال هنا أنه لم تتوافق الإرادتان علي أي منهما ثم إن نية الهبة لا تفترض [1] .

٩ - رجوع الواهب عن الإيجاب قبل وصول القبول إلي علمه :

إذا كان الإيجاب ملزما ، بأن حدد الواهب ميعادا صريحا للقبول ، أو كان هذا الميعاد ضمنيا يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، فإن الواهب يلتزم بإيجابه طوال هذه المدة ولا يجوز له الرجوع فيه ، وإذا رجع فيه فإن رجوعه لايترتب عليه أثر ، بل يظل الإيجاب قائما بحيث إذا صادفه قبول قبل حلول الميعاد انعقدت الهبة . فهذا هو مقتضي التزام الموجب بالبقاء علي إيجابه في هذه الحالة.

وهذا الحكم مستمد من القواعد العامة والتي نصت عليها المادة ٩٣ من التقنين المدني بقولها :

« ١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء علي إيجابه إلي أن ينقضي هذا الميعاد .

---

(١) محيى الدين علم الدين ص ١٧.

٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة».

أما إذا كان الإيجاب غير ملزم - علي النحو السالف - وهذا فرض لايتيسر تصوره إلا في التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد ، إذ تدل الظروف حينئذ علي أن الإيجاب غير مقترن بميعاد . فإن الإيجاب يكون قائما ولكنه لا يكون ملزما ، فيجوز لصاحبه أن يعدل عنه مادام لم يصادفه قبول ، ويشرط أن يصل الرجوع عن الهبة إلي علم الموهوب له قبل وصول قبول الموهوب له إلي علم الواهب ، لأن القبول وقت أن يصل إلي علم الواهب لم يصادف إيجابا قائما ، فلم يقترن القبول بالإيجاب ويمكن اعتبار هذا القبول المتأخر إيجابا جديدا [(١)] .

١٠ - موت الواهب أو فقده لأهليته قبل وصول الإيجاب إلي الموهوب له :

تقضي المادة ٩٢ من التقنين المدني الواردة في القواعد العامة بأنه : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لايمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

---

(١) الدكتور عبد المنعم الصده مصادر الالتزام ١٩٨٦ - ص ١٠٢ وما بعدها - السنهوري ص ٣١ وما بعدها .

وهذا النص يسري علي عقد الهبة . فإذا مات من صدر التعبير منه أي الواهب أو زالت أهليته قبل أن يصل إيجابه إلي علم الموهوب له وقبوله الهبة ، فإن ذلك لا يؤثر في التعبير الذي سبق أن صدر منه . فهذا التعبير يبقي موجودا ، وللموهوب له قبول الهبة . إلا أن هذا القبول يصبح عديم الأثر لأن القبول لاينتج أثره إلا إذا وصل إلي علم من وجه إليه وهو الموجب ، لأنه قد مات أو فقد أهليته [١] .

وكان التقنين المدني القديم يسقط الإيجاب إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل اقتران القبول به . إذ نصت المادة ٧٢/٥٠ علي أن : « تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقده أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له » .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« متي كانت اللائحة التأسيسية للاتحاد الأرمني العام قد جعلت قبول الهبات من اختصاص المجلس الرئيسي للاتحاد وكان المستفاد ومن نصوصها أنها فصلت بين قبول الهبات وبين قبضها واعتبرت الأمر الأخير مجرد واقعة مادية لاتغني عن صدور التصرف القانوني وهو القبول فإنه يصبح واجبا بيان ما إذا كان المجلس الرئيسي قد قبل الهبة التي قبضها المجلس المحلي وذلك قبل وفاة الواهب حتي يتحقق بذلك ما تقتضيه المادتان ٤٨ ، ٥٠ مدني قديم » .

(طعن رقم ٢٤٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٨)

---

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٤ ص ١١٢ وما بعدها .

١١ - موت الموهوب له أو فقده الأهلية قبل القبول :

إذا مات الموهوب له بعد قبول الهبة وقبل اتصال قبوله بعلم الواهب فإن الهبة لا تنعقد لأن طبيعة الهبة تجعل شخصية الموهوب له في المقام الأول من الاعتبار . وهذا ما يتفق وما تنص عليه المادة ٩٢ مدني الخاصة بأثر موت من صدر منه التعبير أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره إذ تستثني من حكمها حالة ما إذا كانت طبيعة التعامل تقضي بعكسه .

ولا يختلف الحكم إذا كانت وفاة من وجه إليه الإيجاب أو فقد أهليته صادرة بعد وصول الإيجاب إليه وقبل القبول من جانبه حتي يفترض اعتبار سكوته قبولا وذلك لنفس السبب المتقدم (١) .

وكان المشرع التمهيدي للتقنين المدني ينص في المادة ١٢٦ منه (والتي أصبحت برقم ٩٢) علي أنه : « لا يؤثر في صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته ..... إلخ » - فكان المشروع التمهيدي يبيح لورثة من وجه إليه التعبير أو لنائبه - أي لورثة الموهوب له أو لنائبه- أن يصدر منهم القبول بدلا من الموهوب له بعد موت هذا أو فقده لأهليته ، ولكن المشروع التمهيدي عدل في لجنة المراجعة ، وحذفت عبارة « أو من وجه

---

(١) أكثم الخولى ص ١٠٣ - محمود جمال الدين زكى ص ١٣١ هامش (١) وما بعدها .

إليـه هذا التعبير »[1] فـأصـبح لايجـوز لورثـة الموهوب له أو لنائبـه أن يقبلوا الهبة بعد موت الموهوب له أو فقده لأهليته .

أمـا التـقنين المدني القـديم فكان ينص علي حكم مـخالف إذ نص في المادة ٧٣/٥١ علي أن : « يسـوغ أن يحـصل قـبـول الهـبـة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفي قبل القبول ، وفي حالة الهبة لمن ليس أهلا للقبول يصح قبولها ممن يقوم مقامه .

١٢ - الوكـالة فـي الهـبة :

يجوز حصـول الهبة بواسطة وكيـل ينوب عن الواهب في عقـد الهبـة . وعندئذ يسـري نص المادة ٧٠٠ من التـقنين المدني التي تجـري علي أن : « يجب أن يتـوافـر في الوكـالة الشكل الواجب توافـره في العـمل القـانوني الذي يكون مـحل الوكـالة ، مـا لم يوجد نص يقضي بغـيـر ذلك » - ولما كان عقد الهبـة عقدا شكليا يجب أن يتم بورقة رسمية - عدا ما استثني كـمـا سنري - وجب أن تكون الوكـالة التي تصـدر من الواهب في ورقـة رسمية إذ بمقتضي هذا التوكيل يقرر الواهب رضاءه بالهبة ، وإلا كانت الهبة باطلة .

كما يسري نص المادة ٧٠٢ التي تقضي بأن :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٢٨ وما بعدها .

« (١) لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .

والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل علي وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات .

(٢) والوكالة الخاصة لاتجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة منها ، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري » .

وعلي ذلك يلزم للوكالة في الهبة وكالة خاصة ، ويجب أن يبين فيها المال الموهوب فتخصص الوكالة بهذا المال دون غيره .

ولاينوب دائنو الموهوب له عنه في قبول الهبة لأنها تقوم علي اعتبارات أدبية يستقل هو عنهم بتقديرها من وجهة نظره . فإذا رفض الهبة لم يجز لهم الطعن بالدعوي البوليصية لأنه لم يؤد إلي افتقار في شئ من ذمته بل هو مجرد امتناع عن الإثراء [١] .

أما قبول الهبة فتجوز فيه الوكالة العرفية لأن قبول الهبة المنفصل لاتشترط فيه الرسمية .

---

(١) السنهورى ص ٣٦ – محيى الدين علم الدين ص ١٨ .

ولايجوز للأجنبي - وهو من لاينوب نيابة قانونية أو اتفاقية عن الموهوب له قبول الهبة إلا بطريق الفضالة إذا تحققت شروطها .

وإذا تعدد الموهوب لهم وحضر بعضهم مجلس العقد وغاب البعض ، فيستطيع أحد الحاضرين أن يتعهد عن الموهوب له الغائب بأن يقبل الهبة ويكون هذا تعهدا عن الغير فتسري قواعده . ومقتضي ذلك عدم إلزام الموهوب له بالقبول ، وإنما يتمخض ذلك إلزاما لنفسه بأن يحصل علي قبول الموهوب له بالهبة [١] .

---

(١) السنهوري ص ٣٥ وما بعدها .

موضـوع رقـم (٣)

(الشـرط الثـانـي)

(المحل في عـقـد الهبـة)

١٣ - تطبيق القواعد العامة :

موضوع الهبة حق مالي يجوز أن يكون عينيا [(١)] ، كما يجوز أن يكون شخصيا ، ومحل عقد الهبة هو الشئ الموهوب .

وإذا كانت الهبة بعوض فإن العقد يكون ملزما للجانبين ، ويكون محل التزام الموهوب له هو هذا العوض .

ويسري علي الشئ الموهوب باعتباره محل عقد الهبة ، ما وضعه القانون من شروط استلزم توافرها في محل الالتزام ، أي يسري عليها

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

« إعمال القواعد العامة للعقود المنصوص عليها فى الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول من التقنين المدنى يقضى بأن تصح هبة جميع أنواع الأموال والحقوق العينية التى عليها كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق ، فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من رفض الدفع ببطلان عقد الهبة المؤرخ ١٩٦٢/٧/٩ لوروده على حق الرقبة دون المنفعة يكون صحيحا ولايقدح فى ذلك احتفاظ الواهب بحقه فى الانتفاع مادام التصرف بالهبة قد تم منجزا » .

(طعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨)

حكم القواعد العامة في محل الالتزام ، من حيث كونه (مادة ١٣٢ مدني) ومعينا بذاته أو بنوعه (مادة ١٣٣ مدني) ، ومشروعا لا يخالف النظام العام أو الآداب (مادة ١٣٥ مدني).

علي أن المشرع وإن أجاز في الفقرة الأولي من المادة ١٣١ مدني أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ، استثني من ذلك عقد الهبة ونص في المادة ٤٩٢ مدني علي أن : « تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة » .

وهذا ما يدعونا إلي دراسة هبة الأموال المستقبلة . واشتراط كون محل الالتزام ممكنا ، ينبني عليه أن يكون الواهب مالكا للمال الموهوب. وكانت المادة ٦٦٥ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تنص في الفقرة الأولي منها علي أنه : « يجب لصحة الهبة أن يكون الواهب مالكا للمال الموهوب وأن يكون أهلا للتبرع إلا أن المادة حذفت بلجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة [(١)] .

وهذا يدفعنا إلي دراسة المسائل الآتية :

١- هبة ملك الغير .

٢- هبة المال الشائع .

٣- هبة المريض مرض الموت .

١٤ - هبة الأموال المستقبلة :

الأصل أنه يجوز التعامل في الأموال المستقبلة وعلي هذا نصت الفقرة الأولي من المادة ١٣١ مدني علي أن : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا » .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الرابع ص ٢٥٧ .

والمال المستقبل هو ذلك الذي لا يكون موجودا وقت التعاقد ، كأن يبيع صاحب مضنع البضائع التي سوف ينتجها مصنعه خلال عام مقبل، أو أن يبيع مالك الأرض ما عساه أن تنتجه من محصول في الموسم القادم ، أو أن يؤجر شخص أو يبيع شقة في داره التي يزمع إنشاءها ، أو أن يعطي مؤلف لناشر حق نشر كتابه الذي يزمع تأليفه . غير أن القانون خرج عن هذه القاعدة في بعض الحالات حرم فيها التعامل في الأموال المستقبلة من بينها الهبة ، إذ نصت المادة ٤٩٢ مدني علي أن تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة (١) .

وقد استمد المشرع تحريم الهبة المستقبلة من الشريعة الإسلامية. ورغم أن الشريعة الإسلامية تحرم التعامل في الأموال المستقبلة جميعا ، إلا أن المشرع قصر الاستثناء من هذه القاعدة علي بعض الحالات من بينها الهبة لاعتبارات خاصة (٢) .

---

(١) ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٢/١٣١ مدنى من تحريم التعامل فى التركات المستقبلة .

ومانصت عليه المادة ٢/١٠٣٣ من تحريم رهن المال المستقبل رهنا رسميا .

وما نصت عليه المادة ١٠٩٨ من تحريم التعامل فى الرهن الحيازى المستقبل.

(٢) وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أنه : « أما المحل فيجب أن يستوفى الشروط العامة ، وقد نص المشروع (م ٦٦٨) على بطلان هبة الأموال المستقبلة بطلانا مطلقا تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية » .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٦٠)

ويرجع استثناء الهبة إلي ما ينطوي عليه هبة المال المستقبل من خطر، فإن الواهب يندفع إلي هبة مال مستقبل أكثر مما يندفع إلي هبة مال حاضر، فأراد المشرع أن يحجبه من هذا الاندفاع بإبطال هبته (١) .

ويجب عدم الخلط بين هبة الشئ المستقبل غير الموجود وقت التعاقد وهي باطلة بطلانا مطلقا ، وهبة شئ موجود وقت التعاقد ولكنه مملوك للغير وهي - كما سنري - باطلة نسبيا لمصلحة الموهوب له كهبة ترد علي ملك الغير وإن كان موضوعها يعتبر شيئا مستقبلا بالنسبة للواهب ، وبعبارة أخري تنصب صفة الاستقبال علي الوجود المادي للشئ لا علي وجوده القانوني في ذمة الواهب .

ولذلك فقد كانت المادة ٦٦٨ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني تنص علي أن : « تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة ، إلا إذا وردت علي شئ معين بالذات ، فيسري عليها نص المادة ٦٣٢ وما يليها » ، فحذفت لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب العبارة الأخيرة وهي «إلا إذا وردت علي شئ معين بالذات فيسري عليها نص المادة السابقة» ، وجاء بتقريرها تعليلا لهذا الحذف « لأن المال المستقبل هو مال غير موجود وقت الهبة وسيوجد بعدها . أما المال الموجود وقت الهبة

(١) السنهوري ص١١٧- نقض ١٩٩٣/١٢/٢٩ (سيلي في هذا البند) ، ويعللها البعض بأن حاجة التعامل في العصر الحديث ، التي أملت إغفال القاعدة الشرعية ، لم تدع إلي إطلاق الأخذ بالمبدأ الجديد ، فالهبة عقد لايمس نظام المبادلة ، وبالتالي لايتعلق بكيان النظام الاقتصادي (محمود جمال الدين زكي ص١٣٤) .

مملوكا لغير الواهب ، فالهبة فيه هي هبة ملك الغير ، لا هبة المال المستقبل ، وعلي أساس هذا التمييز ما بين هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير ، لم يعد هناك محل للاستثناء الوارد في هذه المادة ، لأن الهبة التي ترد علي شئ معين بالذات غير مملوك للواهب لايمكن أن تكون هبة مال مستقبل ، بل تتمخض هبة لملك الغير وحكمها وارد في المادة ٥١٨ فلا معني لإيرادها ثانية في المادة ٥١٩ علي صورة استثناء، ولأن ملك الغير لا يدخل في المال المستقبل حتي يصح استثناؤه منه »[1] .

وعلي ذلك فإن هبة الأموال المستقبلة تقع باطلة بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام ، ولا ترد عليها الإجازة . ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها [2] .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« إذ أجازت المادة ١٣١ من القانون المدني أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا إلا أن المشرع لاعتبارات خاصة قد حرم ضروبا من التعامل في الشئ المستقبل الذي لم يتحقق وجوده تضمنها نص المادة ٤٩٢ من القانون المدني ورتب علي ذلك بطلانها بما نص عليه فيها من أنه تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة وجعل هذا البطلان متعلقا بالنظام العام لاتلحقه الإجازة والمرجع في ذلك هو ما تنطوي عليه هبة هذا النوع من الأموال من خطر إذ يندفع الواهب إلي هبة مال مستقبل أكثر مما يندفع إلي هبة مال تحقق وجوده مما حدا بالمشرع إلي حمايته من هذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص٢٥٧ وما بعدها .

(٢) السنهوري ص١١٧ .

الاندفـاع بإبطال هبـتـه وهو مـا أكـدته المذكـرة الإيضـاحـيـة للمـشـروع التـمـهـيدي للقانـون سالف الذكر باعـتـبار ذلك تطبيـقا لأحكام الشريعة الإسلامـيـة التي تسـتـلزم لصـحـة الهـبـة أن يكون الشئ الموهوب مـوجـودا وقت العـقـد ومن ثم تعتبر هبة المعدوم غير صحيحة ومثل المعدوم ما هو في حكمه ومنهـا الأموال المسـتـقـبلة فـتـقع الهـبـة الواردة عليـهـا بـاطلة بطلانا مطلقـا لاتلحـقـه الإجـازة لما كـان ذلك وكـان البين من الأوراق أن العقد الذي يحكم واقعة الدعوي المؤرخ ١٣/ ١٠/١٩٨٦ تبرع الطاعن بمقتضاه للمطعون ضده بصفته بحقه في الانتفاع بشقة في العقار الذي سيـتم تشـيـيـده مـسـتـقبلا علي الأرض المملوكة له أي أن إرادته انصرفت لهـبـة حق انتـفـاع وارد علي مـال مـسـتـقـبل ولم يتـحـقق وجوده بعـد مما يعيبه بالبطلان الذي لا تلحقه الإجازة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وكيف هذا العقد علي أنه هبة غير مباشرة لمال تحقق وجوده وقضي بتـأييـد الحكم الابتـدائي فـيـمـا قـضـي مـن صـحـتـه ونفـاذه والتـسـليم فـإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه » .

(طعن رقم ٤٢٥٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٩)

ولما كانت المادة ١٤٣ مدني تقضي بأن : « إذا كـان العـقـد في شق منه بـاطلا أو قـابلا للإبطـال ، فـهـذا الشق وحـده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع بـاطلا أو قابلا للإبطال فـيـبطل العقد كله » ، فـإنه يجب إعـمـال النص إذاكـان مـحل الهـبـة مـالا حاضـرا ومـالا مـسـتـقـبلا في وقت واحد لشـخص واحد وكـانت الهـبـة قـابلة للتجزئة ، إذ تصح الهبة في المال الحاضر وتبطل في المال المستقبل[1] .

---

(١) السنهوري ص ١١٨ .

وهبة الأموال المستقبلة الباطلة يمكن أن تتحول طبقا للمادة ١٤٤ مدني[(١)] إلي وعد بالهبة يجوز الرجوع فيه ، كما يجوز الرجوع في الهبة إذا توافرت شروط صحة الوعد بالهبة وأهمها الرسمية [(٢)] .

١٥ - الهبة المضافة إلي أجل والهبة تحت شرط:

يصح أن تكون الهبة مضافة إلي أجل ، كأن يهب شخص آخر سيارة ويحدد موته (موت الواهب) أجلا لذلك . فيكون التزام الواهب بالهبة قد انعقد وأصبح مترتبا في ذمته ، وليس الموت إلا أجلا غير محقق يوفي عنده الالتزام ، فالالتزام ذاته محقق والأجل هو غير المحقق كما يصح أن ترد الهبة علي مال مملوك للواهب تحت شرط فاسخ ،

وعندئذ يتملك الموهوب له الشئ الموهوب معلقا علي الشرط، فإذا تحقق الشرط زالت ملكية الواهب ، ومن ثم تزول ملكية الموهوب له تبعاً لزوال ملكية الواهب . أما إذا تخلف الشرط فقد أصبحت ملكية الواهب باتة ، وأصبحت باتة كذلك ملكية الموهوب له . وإذا وهب شخص مالا مملوكا له تحت شرط واقف ، فإنه يكون قد وهب حقه المعلق علي هذا الشرط وهو مال حاضر ، فتكون الهبة جائزة - ويملك الموهوب له الشئ معلقا علي الشرط الواقف ، فإذا تحقق الشرط نفذت ملكيته ، وإذا تخلف بطلت الملكية [(٣)].

---

(١) تنص هذه المادة علي أن :

« إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

(٢) السنهورى ص ١١٨ الهامش - أكثم الخولى ص ١٠٧ .

(٣) السنهورى ص ١١٦ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«الالتزام في عقد الهبة - شأنه شأن سائر العقود - قد يكون معلقا علي شرط فاسخ ، فإذا تحقق الشرط ترتب علي ذلك زوال الالتزام وجاز للواهب أن يسترد ما وهبه ولايشترط في هذه الحالة أن يستند الواهب إلي عذر مقبول وإنما يكفي تحقق الشرط ، كما لا يجوز للموهوب له أن يتمسك بقيام مانع من الرجوع في الهبة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب عليهما تنفيذ ما اشتمل عليه ، ويقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بينهما ، بل هو ينسخ القانون في دائرة النظام العام والآداب . ولما كانت محكمة الموضوع بما لها من سلطة تفسير العقود قد استظهرت - للأسباب السائغة السابق بيانها أن الدولة وهبت جمعية الاقتصاد لموظفي البريد التي يمثلها الطاعن المبلغ موضوع النزاع هبة معلقة علي شرط فاسخ هو عدم استحقاق مستخدمي المصلحة الخارجين علي الهيئة والمؤقتين لمكافآت من قبل الدولة ، وإن هذا الشرط قد تحقق بصدور القانون رقم ٥٤٥ لسنة ١٩٥٣ الذي حمل الدولة بالمكافآت المستحقة

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- « المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن الإيجاب هو العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق انعقد العقد ولايعتبر التعاقد تاما وملزما إلا بتوافر الدليل على تلاقى إرادة المتعاقدين على قيام هذا الالتزام ونفاذه ».

(ب)- « المفاوضات ليست إلا عملا ماديا ولايترتب عليها لذاتها أى أثر قانونى ».

(طعنان رقما ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣)

لهم : ورتب الحكم علي ذلك قضاءه برد المبلغ الموهوب فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون » .

(طعن رقم ٣٥١ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٦)

هبة ملك الغير :

١٦ - النصوص القانونية :

مادة (٤٩١) مدني :

« إذا وردت الهبة علي شئ معين بالذات غير مملوك للواهب ، سرت عليه أحكام المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٧ » .

مادة (٤٦٦) مدني :

« (١) إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع علي عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

(٢) وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد » .

مادة (٤٦٧) مدني :

« (١) إذا أقر المالك البيع سري العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري .

(٢) وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد » .

١٧ - أولاً : حكم هبة ملك الغير بين المتعاقدين :

تنص المادة ٤٩١ مدني علي أنه إذا وردت الهبة علي شئ معين بالذات غير مملوك للواهب ، سرت عليه أحكام المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٧ . وهاتان المادتان تتضمان أحكام بيع ملك الغير .

ومقتضي المادة ٤٦٦ أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري . سواء وقع البيع علي عقار أومنقول ، وسواء سجل عقد بيع العقار أو لم يسجل .

وبالبناء علي ذلك يجوز للموهوب له وحده طلب إبطال عقد الهبة ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي ولكن لايجوز ذلك للواهب طالما أن الهبة ليست باطلة بطلانا مطلقا .

وقد قضت محكمة النقض - بصدد بيع ملك الغير- بأن :

١- (أ) - « لما كان عقد البيع يرتب في ذمة البائع التزاما بنقل ملكية المبيع إلي المشتري وكان بيع ملك الغير لا يؤدي لذلك لأن فاقد الشئ لايعطيه فقد أجاز المشرع في المادة ١/٤٦٦ من القانون المدني للمشتري دون غيره طلب إبطال هذا البيع من غير أن ينتظر حتي يتعرض له المالك الحقيقي فعلا برفع دعوي الضمان علي البائع إلا أن هذا الحق للمشتري لا ينهض له ما يبرره إذا ما أقر المالك الحقيقي البيع حيث يترتب عليه نقل الملكية منه إلي المشتري وكذلك في حالة صيرورة البائع مالكا للمبيع بعد العقد وهو ما قننته المادة ٤٦٧ من القانون المدني بفقرتيها إذ في هاتين الحالتين زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية إلي المشتري بهذا البيع، مما ينبني عليه كذلك أنه إذا أصبح

انتقال الملكية إلي البائع ممكنا فإن إبطال البيع في هذه الحالة يتعارض مع المبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الإبطال إذا لم يعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال » .

(ب)- « إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن البائع وإن كانت ملكية المبيع لم تنتقل إليه إلا أنه كان قد أقام ضد البائع له الدعوي رقم ..... بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه وقضي فيها بإلحاق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع له بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي فإن انتقال الملكية إليه قد بات ممكنا وذلك حسبه في إثبات زوال المانع من تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلي المطعون ضدهما وبالتالي لم تعد لهما مصلحة في التمسك بإبطال عقد البائع الصادر إليهما من الطاعن لمنافاة ذلك لما يوجبه حسن النية في المعاملات ولتعارضه مع مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق ».

(طعن رقم ٣٥٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٨/٤/١٩٩٦)

وتكون للموهوب له مصلحة في إبطال الهبة إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنه بالتزامات فرضت عليه .

وقد اختلف في حق الموهوب له في المطالبة بالتعويض في حالة إبطال الهبة :

فذهب رأي إلي أنه يجوز للموهوب له أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب إبطال الهبة إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء أن الشئ الموهوب مملوك للغير أو كانت الهبة بعوض ، وفي الحالة الأولي يستحق

الموهوب له تعويضا عادلا ، وفي الحالة الثانية يرجع بما أداه من عوض ، وكل ذلك قياسا علي ضمان الواهب للاستحقاق . وأنه لاتطبق أحكام بيع ملك الغير في هذه المسألة ، وهي مذكورة في المادة ٤٦٨ مدني ، لأن المادة ٤٩١ مدني لم تحل عليها [١] .

وذهب رأي ثان إلي أنه لا يجوز للموهوب له ، إذا حكم بإبطال الهبة، أن يطالب بتعويض ، ولو كان يجهل أن الموهوب غير مملوك للواهب ، إلا إذا كان هذا الأخير سئ النية ، أو ارتكب خطأ جسيما ، بينما يجوز ذلك للمشتري ولو كان البائع حسن النية (م٤٦٨ مدني) [٢] .

وذهب رأي ثالث إلي أنه لامحل للاحتجاج في هذا المجال بالمادة ٤٩٦ مدني لأن هذا النص يبين حدود مسئولية الواهب التعاقدية في تنفيذ الالتزامات التي تنشئها الهبة علي عاتقه متي انعقدت صحيحة ولاشأن له بمسئولية الواهب عن الأضرار الناشئة من بطلان الهبة وهي مسئولية تقصيرية تتولد عن خطئه عند التعاقد خطأ أدي إلي بطلان العقد والفارق واضح بين هذه المسئولية قبل التعاقدية والمسئولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالتزام متولد من العقد التام الصحيح . ولذلك تخضع مسئولية الواهب عن بطلان هبة مالا يملك للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية .

ويساند البعض هذا الرأي من عدم انطباق نص المادة ٤٩٦ مدني ،

---

(١) السنهوري ص ١٢١ .

(٢) محمود جمال الدين زكي ص ١٤٣ .

بأن هذا النص وارد في باب آثار الهبة وما أجيب به علي استفسار لجنة مجلس النواب عن كيفية تحقق مسئولية الواهب طبقا لهذا النص من أن ذلك يقع فعلا في حالة هلاك الشئ الموهوب قبل تسليمه إلي الموهوب له بفعل الواهب العمد أو بخطئه الجسيم [١] .

ونري الأخذ بالرأي الأول .

غير أنه - كالشأن في بيع ملك الغير - يجوز للمالك أن يقر البيع فيسري العقد في حقه وينقلب صحيحا في حق الواهب (م٤٦٧/١ مدني) فلا تنتقل ملكية الموهوب إلي الموهوب له ، إلا برضاء المالك الحقيقي لأنه أجنبي عن العقد .

وكذلك ينقلب عقد الهبة صحيحا في حق الموهوب له إذا آلت ملكية الموهوب إلي الواهب بعد صدور العقد (م٤٦٧/٢ مدني) .

١٨ - ثانيا : حكم هبة ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي :

تنص الفقرة الأولي من المادة ٤٦٦ مدني - التي تسري علي عقد الهبة - علي أن : « وفي كل حال لايسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد » . وعلي ذلك لاتسري الهبة علي المالك الحقيقي ، لأنه أجنبي عن العقد ، فلا يضاربه ، ولاتنتقل الملكية منه إلي المشتري .

وإذا كان الموهوب له يملك إجازة العقد الصادر من غير مالك

---

(١) أكثم الخولى ص١٠٦ وهامش (٢) .

فيصبح العقد صحيحا منتجا لآثاره بين المتعاقدين ، إلا أن هذه الإجازة لايمكن أن تنال أو تؤثر في حق المالك الحقيقي للعين المبيعة ، ويبقي العقد غير نافذ في حق المالك ولاتنتقل الملكية إلي الموهوب له[١] .

وإذا كان الموهوب قد سلم إلي الموهوب له ، كان للمالك الحقيقي الرجوع عليه بدعوي الاستحقاق .

أما إذا أقر المالك العقد الصادر من الواهب إلي الموهوب له ، كان إقراره إياه قبولا منه بالارتباط شخصيا بالتزامات الواهب . وتنقلب الهبة صحيحة من وقت صدورها ، ووجب تسجيل الإقرار . كما ينقلب العقد صحيحا في حق الموهوب له إذا آلت ملكية المال الموهوب إلي الواهب بعد صدور عقد الهبة .

وقد نصت علي ذلك صراحة المادة ٤٦٧ الواردة في بيع ملك الغير بنصها :

« (١) إذ أقر المالك البيع سري العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري .

(٢) وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد » .

وقد قضت محكمة النقض - بصدد بيع ملك الغير - بأن :

١- « لئن كان صحيحا أن تسجيل عقد البيع لاينقل الملكية إلي المشتري إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه ، إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري وحده ولايسري في حق المالك الحقيقي ولهذا

---

(١) الدكتور سليمان مرقس عقد البيع ١٩٨٠ ص ٥٠٨ وما بعدها .

المالك أن يقر البيع في أي وقت فيسري عندئذ في حقه وينقلب صحيحا في حق المشتري . كما ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد . فإذا كان الطاعنون - ورثة المشتري في عقد بيع ملك الغير - قد طلبوا ثبوت ملكيتهم استنادا إلي هذا العقد المسجل فإنهم يكونون بذلك قد أجازوا العقد ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقي أن يعترض علي هذا البيع ويطلب عدم سريانه في حقه . ومن ثم فلا يكفي لعدم إجابة الطاعنين إلي طلبهم أن يثبت المدعي عليهم المنازعون لهم أن البائع لمورث الطاعنين غير مالك لما باعه بل يجب أن يثبتوا أيضا أنهم هم أوالبائع لهم الملاك لهذا المبيع إذ لو كان المالك سواهم لما قبلت منهم هذه المنازعة ».

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٤/١٨)

٢- « مؤدي نص المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٧ من القانون المدني في شأن بيع ملك الغير أن البيع لايسري في حق مالك العين ولايترتب عليه نقل الملكية للمشتري ولو وقع علي عقار ، سجل العقد أو لو لم يسجل ، ولو أجاز المشتري العقد إلا إذا أقر المالك البيع أو آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد » .

(طعن رقم ٨٠٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٧)

(راجع نقض ٣٥٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٨ - المنشور بالبند السابق).

١٩ - هبة الحصة الشائعة :

لم يعرض التقنين المدني لهبة المشاع ، ومن ثم فإنه يكون قد تركها لحكم القواعد العامة . وتنص المادة ٨٢٦ مدني - الواردة في أحكام الشيوع - علي أن : « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولي علي ثمارها ، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » .

وعلي ذلك فإن مالك الحصة الشائعة يملك كل ذرة من ذرات المال الشائع ، ويجوز له التصرف فيها بكافة التصرفات ، ويدخل في هذه التصرفات الهبة . فيجوز إذن للمالك علي الشيوع أن يهب حصته الشائعة أو جزءا منها إلي الموهوب له ، وتنتقل ملكية الموهوب شائعة إلي الموهوب له ، ويحل الأخير محل الواهب في ملكيته الشائعة .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي :

« .... ولم يعرض المشروع لهبة المال الشائع مكتفيا باستخلاص حكمه من القواعد العامة ، وقد تتعارض هذه المسألة مع أحكام الشريعة الإسلامية (أنظر مرشد الحيران م ٨١ وقانون الأحوال الشخصية م٥٠٥- ٥٠٧ - ٥٠٩)[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « للشريك علي الشيوع طبقا للمادة ٨٢٦ من القانون المدني أن يتصرف في حصته وأن يستولي علي ثمارها وأن يستعملها ، إلا أنه لما

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٦٠ وما بعدها .

كان ذلك مشروط بألا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلي أن مورث الطرفين كان يتخذ من عين النزاع مركزاً لإدارة أعماله وأمواله ، وأنها ظلت في حيازته حتي وفاته ، وأن حيازتها انتقلت بوفاته إلي جميع الورثة ، وأن أموال الشركة إذ وضعت تحت الحراسة القضائية فقد تعين الإبقاء علي عين النزاع مقرا لإدارتها ، ورتب علي ذلك أن في اتخاذ الطاعن منها مقرا لأعماله إضرارا بحقوق باقي الورثة فإنه يكون صحيحا فيما قضي به من طرد الطاعن من عين النزاع » .

(طعن رقم ٢٢٩٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

٢- « مفاد نص المادة ١/٨٢٦ من القانون المدني أن للشريك المالك علي الشيوع حق التصرف في حصته شائعة وينفذ هذا التصرف في حق شركائه إذ يترتب عليه أن يحل المتصرف له محل الشريك المتصرف في ملكية الحصة الشائعة ويصبح هذا الشريك في المال الشائع بدلا من الشريك المتصرف » .

(طعن رقم ٣٤٦٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٢١)

٢٠ - هبة جزء مفرز من المال الشائع :

إذا وهب المالك لحصة شائعة في المال الشائع جزءا مفرزا من هذا المال يعادل حصته ، كأن يكون مالكا لحصة من المال الشائع بقدر الربع فيهب حصة مفرزة إلي الموهوب له ، في هذه الحالة يخضع هذا التصرف لحكم الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدني التي تجري علي أن : « وإذا كان التصرف منصبا علي جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند

القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلي الجزء الذي آل إلي المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف » .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- « من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للشريك علي الشيوع أن يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة ٨٢٦ فقرة ثانية من القانون المدني علي أنه : « إذا كان التصرف منصبا علي جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلي الجزء الذي آل إلي المتصرف بطريق القسمة » ومتي تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشتري من المطعون عليه الجزء المفرز الذي يبيعه أو ما يحل محله مما يقع في نصيب المطعون عليه عند القسمة ، فإذا وقع الجزء المفرز عند القسمة في نصيب المطعون عليه خلص للطاعن ، وإن لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العيني من الجزء المفرز المبيع إلي الجزء المفرز الذي يؤول إلي المطعون عليه بطريق القسمة ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه مفرزا أو شائعا وأن يبيع ابنه بدوره إلي الطاعن مثل ذلك ، ومن ثم فإن النعي علي الحكم المطعون فيه - بأن البائع لايملك الحصة المبيعة - مفرزة يكون علي غير أساس » .

(طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥)

٢- « نص المشرع في المادة ٨٢٦ من القانون المدني علي أن : « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ويستولي علي ثمارها وإذا كان التصرف منصبا علي جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلي الجزء الذي آل إلي المتصرف بطريق القسمة .... » ثم نص في المادة ٩٣٦ من هذا القانون علي أنه : « يثبت الحق في الشفعة للشريك علي الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلي أجنبي » ، يدل علي أن للمالك علي الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة علي نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع ، ومتي كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع فإنه ينبني علي هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع ، وفقا لصريح عبارة النص في المادة ٩٣٦ من القانون المدني ».

(طعن رقم ٧٨٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١)

٣- « يدل نص المادتين ٨٢٦ ، ٩٣٦ من القانون المدني - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - علي أن للمالك علي الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا ، وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة علي نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع ، ومتي كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي تحدد به محل

البيع لايحاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء ، مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع ، وبالتالي يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع ».

(طعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٤)

٤- « مؤدي نص المادة ٨٢٦ من القانون المدني يدل علي أنه يشترط لإعمال الحلول العيني وفقا لهذا النص أن تجري قسمة بين الشركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن تؤدي إلي إفراز نصيب معين للشريك البائع يوازي حصته في الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة علي هذا الجزء وأن لايقع المبيع في الجزء المفرز الذي اختص به البائع بما مؤداه أنه لا مجال لإعمال الحلول العيني إن كان أساس التصرف بالبيع حصة مفرزة من المال الشائع ، فإن أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكا لحصة شائعة فيه فإنه يمتنع في هذه الحالة إعمال الحلول العيني طالما أن نصيب البائع بقي شائعا لم يتم إفرازه ... إلخ».

(طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩١/٥/١٢)

وإذ كان الموهوب له عالما بأن الواهب لايملك الجزء المفرز الذي وهبه وإنما يملك حصة علي الشيوع ، فإن ذلك يعد قبولا منه لهبة الجزء المفرز أو ما يحل محل له مما يقع في نصيب الواهب عند القسمة .

أما إذا كان الموهوب له غير عالم بأن الواهب لا يملك الجزء المفرز الذي وهبه ، ويعتقد أنه مجرد مالك علي الشيوع فإنه يكون قد وقع في غلط جوهري، وتكون الهبة قابلة للإبطال .

غير أنه لا تكون ثمة مصلحة للموهوب له في إبطال العقد إلا إذا كانت الهبة بعوض أومقترنة بشروط أو التزامات (١) .

وبيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر يعتبر تصرفا معادلا للقسمة فيكون له أثر كاشف ، إذ تضاف الحصة المبيعة إلي حصة الشريك المشتري . ويتقاضي الشريك البائع ثمن حصته كما لوكان يتقاضي معدلا . ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المبيعة من وقت بدء الشيوع ، لا من وقت البيع . أما إذا وهب أحد الشركاء حصته لشريك آخر ، فلا تعتبر الهبة معادلة للقسمة لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات ، ومن ثم تكون الهبة نافلة لا كاشفة(١) .

هبة المريض مرض الموت :

٢١ - تعريف مرض الموت :

يرجع في تحديد مرض الموت إلي الفقه الإسلامي مفسرا بقضاء المحاكم ، وقد نصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية - وهي تقنين للفقه الحنفي- علي أن : « مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت علي ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن ،

---

(١) السنهورى جـ ٥ ص ١٢٦ .

(٢) السنهورى الجزء الثامن الطبعة الثانية (طبعة نادى القضاة) ١٩٩١ ص ١٠٤٧ الجزء الخامس ص ١٢٦ وما بعدها .

وإن امتد مرضه ومضت عليه سنه وهو علي حال واحدة ، كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة ، يعد حاله اعتبارا من وقت التغيير إلي الوفاة مرض موت » .

ويستفاد مما تقدم أنه يشترط توافر ثلاثة شروط لاعتبار المرض مرض موت. **أولها** : أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه . **وثانيها** : أن يغلب فيه الموت . **وثالثها** : أن ينتهي بالموت فعلا . إذ من شأن هذه العلامات مجتمعة - وهي أمور موضوعية - أن تشعر المريض بدنو أجله وأنه مشرف علي الموت (١) .

ونعرض لهذه الشروط الثلاثة فيما يأتي :

١- المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه :

يجب أن يجعل المرض المريض عاجزا عن قضاء مصالحة العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها ، كالذهاب إلي السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث . وليس واجبا ، ليكون المرض مرض موت ، أن يلزم المريض الفراش ، فقد لا يلزمه ويبقي مع ذلك عاجزا عن قضاء مصالحه.

وعلي العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزا عن قضاء مصالحه ، ولكن لابسبب المرض ، فلا يعتبر في مرض الموت ، فقد يصل الإنسان في سن عالية في شيخوخة تجعله غير قادر علي مباشرة الأعمال

---

(١) السنهورى جـ٤ ص٣١٣ وما بعدها .

المأارنة، ويكون في حاجة إلي من يعاونه عليها ، وليس به مرض ، وإنما هي الشيخوخة أوهنته ، والشيخوخة مرحلة من مراحل العمر ، ومن ثم لايكون مريضا مرض الموت . أو يكون عاجزا عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض[1] وإذا برئ المريض من مرضه اعتبر تصرفه كتصرف الأصحاء ونفذ العقد من جميع أمواله .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « مادامت المحكمة قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوي ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين فيها عن مرض المورث أنه كان مريضا قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوي وأن هذا المرض قد اشتد به وقت تحرير العقد المطعون عليه ، ثم فندت الطعون الموجهة إلي الشهادة المقدمة من الصادر له العقد فإنها تكون قد أوردت في حكمها من الأسباب ما يكفي لحمل قضائها » .

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٣/٢٣)

٢- « لاتثريب علي المحكمة إذا هي اتخذت مما ورد في شهادة الطبيب المعالج المكتوبة من أنه تولي علاج المورث لمدة تزيد علي ستة شهور قبل وفاته وأنه كان مريضا بنزلة شعبية مزمنة ودرن رئوي وأنه كان طريح الفراش أحيانا وأحيانا أخري كان ينتقل إلي جهة أخري للعلاج وأن سبب وفاته علي ما يذكر هو الدرن الرئوي وهبوط في القلب ،

---

(١) أحمد نجيب الهلالى – شرح القانون المدنى (فى عقود البيع والحوالة والمقايضة) الطبعة الثانية ١٣٥٧ هـ – ١٩٣٩م (ص٢٠٢ – السنهورى جـ٤ ص ٣١٤ وما بعدها .

وكذلك من شهادة كشف الأشعة ، دليلا مضافا إلي الأدلة والقرائن الأخري التي ساقتها علي مرض المورث بالسل من تاريخ الكشف عليه بالأشعة واشتداد هذا المرض عليه بعد ذلك ووفاته بسببه . مما أدي بها إلي اعتباره مرض موت وتقريرها بناء علي ذلك ببطلان العقدين المطعون فيهما لتحريرهما خلال فترة اشتداده ، وهي بما لها من سلطة التقدير في هذا الشأن لا حاجة بها إلي اتخاذ أي إجراء آخر في هذا الصدد » .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)

٣- « إن أداء المورث بعض الأعمال في فترات متقطعة من مدة مرضه كقبضه مبلغا من المال وفكه رهنا حيازيا وحصول هذه الأعمال منه قبل وبعد تحرير العقدين المطعون فيهما بصدورهما في مرض الموت - ذلك ليس من شأنه أن ينفي ما انتهت إليه المحكمة من أن المورث كان في فترة اشتداد مرضه عاجزا عن أعمال العادية حتي إنه أناب عنه غيره في مباشرتها لأن قيامه بمثل ما قام به لايمنع من اعتبار مرضه مرض موت متي كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهي بموته » .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)

٤- « متي كانت المحكمة وهي في صدد عقد طعن فيه بأنه صدر في مرض موت البائعة ، قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وأنه انتهي فعلا بوفاتها .فإن في هذا الذي قررته ما يكفي في اعتبار أن التصرف حصل إبان مرض موت المتصرفة ويكون في غير محله النعي عليه بمخالفة القانون في هذا الخصوص ».

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/٨)

٥- « لايشترط في مرض الموت لزوم صاحبه الفراش علي وجه الاستمرار بل يكفي أن يلازمه وقت اشتداد العلة به . كما لايشترط فيه أن يؤثر علي سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف . ومن ثم فإن ذهاب المورث إلي المحكمة وإقراره بصحة توقيعه علي العقود المطعون عليها لايمتنع معه اعتبار مرضه مرض موت متي كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهي فعلا بموته » .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٦)

٦- « المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب علي الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتي الموت ، وإن لم يكن أمر المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة . ، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت ، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به » .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٤٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٦/١/٧)

٢- أن يغلب في المرض خوف الموت :

يشترط أن يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت عادة كالسرطان والكوليرا والذبحة الصدرية.... إلخ أو يكون مرضا بسيطا ثم تطور حتي أصبحت حالة المريض سيئة يخشي عليه فيها الموت . أما إذا كان المرض لم يصل إلي هذا الحد من الخطورة ، فإنه لايعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه ، كأن يصاب الإنسان برمد فيعجزه عن الرؤية .

ويرجع في تقدير غلبة الهلاك إلي رأي الأطباء .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت على ما جري به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهي بوفاته فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالته من حالات مرض الموت إلا في فترة تزايدها واشتداد وطأتها إذ العبرة بفترة الشدة التي تعقبها الوفاة » .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٤/٢١)

٢- « من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته » .

(طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٦)

٣- « المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب علي الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتي الموت وإن لم يكن المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة ، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به ».

(طعن رقم ١٠١١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧)

٣- أن ينتهي المرض بالموت :

يشترط أن ينتهي المرض بالموت أي يتصل الموت بالمرض ، فيموت المريض قبل أن يشفي من مرضه ولو كان موته بسبب آخر غير ذلك المرض.

ولايشترط أن يكون المرض قد أثر علي نفسية المريض أو إدراكه[1] .

وإذ كان المرض من الأمراض المزمنة وطالت مدته ، كالشلل والسل، ثم مات المريض، فإن المرض لا يعد مرض موت إذ طالت المدة دون أن يشتد المرض لمدة لاتزيد علي سنة . فإذا اشتد المرض لمدة تزيد علي سنة ثم مات المريض فإنه لا يعتبر قد مات في مرض الموت ولوكان هذا المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش . وحكمة ذلك أن في استطالة المرض علي حاله ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن فيما قد يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله ، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولاسبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « المرض الذي يطول أمده عن سنة لايعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وهو لايعتبر كذلك إلا في فترة الشدة الطارئة ، وحكمة ذلك أن في استطالة المرض علي حاله ما يدفع عن المريض اليأس من

---

(١) سليمان مرقس عقد البيع ١٩٨٠ ص ٥٥٤.

الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن فيما يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله ، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا سبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض ».

(طعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)

٢- « إذا كان الذي أورده الحكم في صدد مرض الموت يفيد أن المرض إذا استطال سنة فأكثر لايعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وأعقبته الوفاه فلا مخالفة في هذا للقانون واستخلاص اشتداد وطأة المرض هواستخلاص موضوعي ، فمتي أقام الحكم قضاءه في نفي اشتداد المرض وقت صدور التصرف المطعون فيه علي أسباب سائغة فلا يقبل الجدل في ذلك أمام محكمة النقض » .

(طعن رقم ١٧٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)

٣- « الحالة النفسية للمريض من رجاء ويأس وإن كانت هي الحكمة التي من أجلها قرر الفقهاء قاعدة أن المرض لايعتبر مرض الموت إذا طال أمده عن سنة إلا إذا اشتد ، إلا أنه لا يسوغ التحدي بحكمة مشروعية هذه القاعدة في كل حالة للقول بتوافرها أو انعدامها .

وإذن فإذا كان الحكم إذ قضي برفض دعوي الطاعنة بشأن بطلان عقد البيع الصادر إلي المطعون عليها من مورثهما وعدم نفاذ تصرفاته لصدورها منه في مرض موته قد أقام قضاءه علي ما استخلصه من أن المورث وإن كان قد أصيب بشلل نصفي في أكتوبر سنة ١٩٤٢ إلا أن مرضه استطال حتي توفي في أبريل سنة ١٩٤٤ بسبب انفجار فجائي

في شريان بالمخ ، وأن التصرفات المطعون عليها صدرت منه بعضها في يوليو وآخرها في نوفمبر سنة ١٩٤٣ وأنه وإن كان قد أصيب بنوبة قبل الوفاة بمدة تقرب من ستة شهور إلا أن هذه النوبة - التي لم يحدد تاريخها بالدقة - كانت لاحقة للبيع وأنه بفرض التسليم بأنها سبقت سائر التصرفات المطعون عليها إلا أنها لم تغير من حال المريض إلا تغييراً طفيفاً لم يلبث أن زال وعاد المرض إلي ما كان عليه من استقرار- إذا كان الحكم قد أقام قضاءه علي ذلك وكان ما أثبته من اشتداد المرض واستطالته وأثره في حالة المريض مما يستقل بتقديره قاضي الموضوع - كان النعي عليه أنه أخطأ في تطبيق القانون بمقولة إنه لم يعتد بالعامل النفسي الذي يساور المريض إذ اعتبر أن الإنكاس لايكون دليلا علي عدم استقرار المرض إلا إذا كان شديدا في حين أن المرض الذي ينتهي بالموت ويطول أمده عن سنة يعتبر مرض موت إذا اشتد والانتكاس مهما كان طفيفا دليل علي عدم استقرار المرض - كان النعي عليه بذلك لايعدو أن يكون جدلا مما يستقل به قاضي الموضوع ».

(طعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٥/١١/٢٣)

٤- « العبرة في اعتبار المرض الذي يطول أمده عن سنة مرض موت هي بحصول التصرف خلال فترة تزايده واشتداد وطأته علي المريض للدرجة التي يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله ثم انتهاء المرض بالوفاة » .

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٥٩/٦//١١)

٥- « إذا كان يبين من أسباب الحكم المطعون فيه أن محكمة

الموضوع استخلصت اشتداد وطأة المرض وتزايده علي البائعة من ظروف الدعوي وملابساتها ومن إقدام زوج البائعة والمشتري منها علي أخذ تصديقها علي البيع يوم وفاتها بمنزلها وقبل أن يتم كاتب التصديقات مأموريته - ولما كان الظرف الأخير لا يدل بذاته علي تزايد المرض واشتداد وطأته علي البائعة في الفترة التي حصل فيها التصرف كما لايدل عليه أيضا مجرد إشارة المحكمة إلي ظروف ا لدعوي وملابساتها دون بيان لهذه الظروف والملابسات - فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهي إلي القول بأن العقد محل الدعوي صدر من البائعة وهي في مرض الموت يكون قد عاره قصور في التسبيب يستوجب نقضه » .

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١/١١)

٦- « حق الوارث في مال مورثه لايظهر في الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث . كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهي بموت صاحبه مما لا يتأدي معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقق هذه النتيجة . ومن ثم فمادام المتصرف كان مايزال حيا فإنه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة في العقود المطعون عليهاتقوم علي صدورها في مرض موت المتصرف أو علي أنها تخفي وصايا » .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

٧- « من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته ، فإذا استطال المرض لأكثر من

سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه ، وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة ، ولاتعد استطالة المرض حالة من حالات مرض الموت إلا في فترة تزايدها واشتداد وطأتها ، إذ العبرة بفترة الشدة التي تعقبها الوفاة . وقيام مرض الموت أو عدم قيامه هو من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع » .

(طعن رقم ١٠٠٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٨)

٢٢ - من يلحق بالمريض مرض الموت ؟

يلحق بالمريض مرض الموت في أحكامه كل من كان صحيحا في حالة يغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمل في برائته وحجز لتنفيذ الحكم وتوفي قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده، ومن كان في معركة حربية ووقف في الصف الأول للقتال أو في موضع الخطر أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج من كل ناحية ، أو كان في بلد عمه الوباء القاتل إذا توفي في هذه الحالة [١] .

٢٣ - الحكمة من تقييد التصرف في مرض الموت :

الحكمة من تقييد التصرف في مرض الموت لاترجع إلي عدم أهلية المريض أو العيب في إرادته ، فالمريض مرض الموت كامل الأهلية مالم يطرأ عليه سببٌ من انعدام الأهلية أو نقصها كالأصل العام .

وإنما الحكمة في تقييد التصرف هو أن حق الورثة يتعلق بمال مورثهم من وقت مرضه الذي يموت فيه .فإذا صدرت منه تصرفات تنطوي علي

---

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية الطبعة الثالثة عشرة مجلد ٤ ص ٤٣.

تبرع منذ هذا المرض كان لهذه التصرفات حكم الوصية . كما أن المورث المريض وقد شعر بدنو أجله فإنه يفكر أحيانا في محاباة بعض الورثة أو إيثارهم علي البعض الآخر ، أو التصرف في بعض أمواله للغير [١] .

٢٤ حكم هبة المريض مرض الموت :

تأخذ الهبة التي تصدر من المريض مرض الموت حكم الوصية وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة ٩١٦ مدني .

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني ينص علي ذلك في الفقرة الثانية من المادة ٦٦٥ منه ونصها : « تسري علي الهبة في مرض الموت أحكام الوصية » ، إلا أن المادة كلها حذفت في لجنة المراجعة ، اكتفاء بالمادة ٩١٦ مدني (م٠ ١٣٥ من المشروع)[٢] .

وتنص المادة ٩١٦ مدني علي أن :

١- كل عمل قانوني من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرف مضافا إلي ما بعد الموت . وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف .

٢- وعلي ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولايحتج علي الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت

---

(١) أحمد نجيب الهلالى ص ٢٠٤ - السنهورى جـ٤ ص ٣٢٣ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٥٧ وما بعدها .

اعتبر التصرف صادرا علي سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه » .

ويبين من هذا النص ما يأتي :

١- عمم النص فأعطي حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت كالبيع والهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات ، ما دام يقصد بها التبرع ، وقصد التبرع مفروض مادامت الورثة قد أثبتت أن التصرف قد صدر في مرض الموت [١] .

٢- إذا أثبت الورثة أن الهبة صدرت من المورث في مرض الموت ، وكان المال الموهوب تزيد قيمته علي ثلث التركة وقت الوفاة فإن الوصية تصح وتنفذ بقدر الثلث من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد علي الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه .

إذ تقضي الفقرة الأولي من المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية بأنه « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد علي الثلث ولاتنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه ».

والمقصود بالورثة الذين يثبت لهم حق إجازة التصرف الأشخاص الذين ينحصر فيهم إرث المتصرف وقت موته . ولايعتد بإقرارهم السابق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٩٧ .

علي مـوت المتـصـرف ولو دونوه كـتـابة في ذيل المحـرر المثبت لتـصـرف المريض ، لأن حـقـهـم في الإرث وبـالتـالي في إجـازة تصـرفـات المورث لايثبت لهم إلا عند موت الأخير . ولايجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه (١) .

ويشترط في الورثة الذين يجيزون التصرف أن يكونوا من أهل التبرع عـالمين بما يجيـزونه ، وهو مـا يسـتـوجب أن يكون الوارث عـاقـلا بالغـا رشيدا ، وإلا فإنه لا يكون أهلا للتبرع ، ويقع إقراره باطلا بطلانا مطلقا لأنه إسقاط دون مقابل لحق ثابت في التركة . فيكون غير البالغ رشيدا معـدوم الأهليـة بالنسـبـة إليـه . كـمـا يسـتـوجب أيضـا أن يكون الإقـرار صـادرا من الوارث عن بينة من الأمـر . أي أن يكون الوارث عـالما بأن تصرف مورثه غير نافذ في حقه بسبب صدوره في مرض الموت وأنه يملك التـمـسك بعـدم نفـاذه وعـدم إقـراره وإلا كـان الإقـرار ذاته قـابلا للإبطال(١).

أما إذا لم يجز الورثة الهبة فـيمـا يزيد علي الثلث فإن الهبـة لاتنفذ في هذه الزيادة ، ويلتـزم الموهوب إلينه بأن يرد إلي التـركـة مـا يزيد علي الثلث .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لايعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ، ذلك لأن صفة الوارث التي تخوله حقا في

---

(١) سليمان مرقس ص ٥٦٥ .

التركة لاتثبت له إلا بهذه الوفاة . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، فإن النعي عليه - بالخطأ في تطبيق القانون إذ قضي بصورية عقدي البيع الصادرين للطاعن رغم أن المطعون عليها الثانية وقعت عليهما ويعتبر ما ورد فيهما من شروط حجة عليها بحيث يمتنع عليها الطعن فيها بالصورية - يكون علي غير أساس » .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١١)

٢- « إن توقيع المطعون عليه الأول كشاهد علي عقدي البيع - المطعون فيهما بصدورهما في مرض الموت - في وقت لم يكن قد أصبح فيه وارثا لا يعدو أن يكون شهادة بصحة صدورهما من المورث ، ولايعتبر إجازة منه للعقدين ، لأن هذه الإجازة لايعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ، إذ أن صفة الوارث التي تخوله حقا في التركة لاتثبت له إلا بهذه الوفاة . كما أن توقيعه علي العقدين لايفيد صحة التاريخ المعطي لكل منهما إذ لم يكن وارثا وقت توقيعه كشاهد طبقا لما تقدم ذكره » .

(طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٦)

٢٥ - تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد علي الثلث :

نظم التقنين المدني في المادة ٤٧٨ حكم تصرف المشتري في الجزء المبيع الزائد علي الثلث في حالة عدم إجازة الورثة لهذه الزيادة فتقضي بعدم الإضرار بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير كسب بعوض حقا عينيا علي العين المبيعة . وعلي ذلك فإن من يكسب حقا علي المبيع الذي يطالب الورثة باسترداده فإن القانون يحميه ضد هذا الاسترداد

بشرطين أن يكون هذا الغير قد كسب حقه علي المبيع بعوض . وإلا فإن الورثة يكونون أولي منه بالحماية .

والثاني أن يكون الغير حسن النية أي أن يجهل وقت تعامله مع المشتري ما يهدد حقه بالزوال .

غير أن المشرع لم يورد نصا مماثلا بالنسبة لهبة المريض مرض الموت. ومن ثم فإنه تطبق القواعد العامة في هذا الشأن . فيسري التصرف في حق الورثة فيما جاوز الثلث إذا كان المتصرف إليه حسن النية قبل تسجيل دعوي الاستحقاق التي يرفعها الورثة علي الموهوب له مطالبين إياه بالزائد علي الثلث ولايسري التصرف في حقهم من وقت تسجيل هذه الدعوي ، ولو كان المتصرف إليه حسن النية [1] .

٢٦ – إثبات مرض الموت :

مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية ومنها البينة والقرائن. والغالب ثبوت مرض الموت بتقارير الأطباء . ومن القرائن علي صدور التصرف في مرض الموت أن يكون محررا قبل الوفاة بأيام قليلة مالم يكن الواهب قدمات فجأة .

ويقع عبء إثبات حصول الهبة في مرض الموت علي ورثة الواهب الذين يطعنون في هبته. وإن كانت المادة ٩١٦ قد نصت علي أنه لايحتج علي الورثة الذين يطعنون علي التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، إلا أن هذا التاريخ

---

(١) السنهوري جـ ٥ ص ١٢٨ .

يظل حجة عليهم إلي أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف قد صدر في تاريخ آخر توصلا منهم إلي إثبات أن صدوره كان في مرض الموت ، فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم .

ولايكفي أن يثبت الحكم في مدوناته أن الهبة صدرت من المورث في مرض الموت ، وإنما يجب أن يبين نوع هذا المرض ، وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف ، وإلا كان قاصرا قصورا يعيبه بما يبطله واستخلاص عناصر مرض الموت هو استخلاص موضوعي . فإذا بني علي أسباب سائغة فلا يقبل الجدل فيه أمام محكمة النقض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « إذا كان الحكم حين قضي ببطلان التصرف الصادر من مورث المتصرف له بناء علي أنه صدر منه وهو مريض مرض الموت قد اقتصر علي تقرير أن المورث المذكور كان مريضا مرضا انتهي به إلي الوفاة دون أن يبين نوع هذا المرض ، وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف ، فإنه يكون قاصرا قصورا يعيبه بما يبطله » .

(طعن رقم ٦٥ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢)

٢- « ثبوت وفاة المريض علي فراش مرضه في المستشفي بالتهاب رئوي بعد العملية الجراحية التي أجريت له لا ينفي حتما أنه كان مريضا مرض موت قبل دخوله المستشفي إذ قد يكون هذا السبب الأخير من مضاعفات المرض ولايسوغ رفض الاستجابة إلي طلب الإحالة إلي

التحقيق لإثبات أنه كان مريضا بالسرطان قبل دخوله المستشفي بثلاثة أشهر ».

(طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٦/٧)

٣- « حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفي في اعتبار أن المورث كان مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأنه قعد عن مزاولة أعماله خارج المنزل في الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذي انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه ، فإن ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت » .

(طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠)

٤- « إن كانت المادة ٩١٦ من القانون المدني قد نصت علي أنه لايحتج علي الورثة الذين يطعنون علي التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلي أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر في تاريخ آخر توصلا منهم إلي إثبات أن صدوره كان في مرض الموت فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفاً لمورثهم» .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١١)

٥- « من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته واستخلاص حصول هذا المرض بشروطه من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بها » .

(طعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨)

٦- « ثبوت مرض الموت أو انتفاؤه هومن مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع من الأوراق المطروحة علي بساط البحث في الدعوي متي كان استخلاصا سائغا » .

(طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

٧- « من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهري بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا هوحق له يتعين علي محكمة الموضوع إجابته إليه متي كانت هذه الوسيلة منتجة في النزاع ولم يكن في أوراق الدعوي والأدلة الأخري المطروحة عليها ما يكفي لتكوين عقيدتها فيه . وإذ كان يجوز للوارث أن يثبت بشهادة الشهود أن هبة مورثه صدرت في مرض موته حتي تعتبر الهبة تصرفاً مضافاً إلي ما بعد الموت فتسري عليه أحكام الوصية طبقا للمادة ٩١٦ من القانون المدني وكان الثابت من الحكمين المطعون فيهما أن كلا من الطاعنين قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن هبة مورثهما إلي أخيهما المطعون ضده الثاني صدرت منه في مرض موته وطلب

إحالة الدعوي إلي التحقيق لإثبات ذلك ، فإن كلاً من الحكمين إذ رفض هذا الطلب علي سند من مجرد قوله أن الطاعن لم يقدم دليلاً أو قرينة علي أن المورث كان مريضاً وقت الهبة وهو رد لا يواجه طلب الطاعن إحالة الدعوي إلي التحقيق فإنه يكون فضلا عن إخلاله بحق الدفاع . مشوباً بالقصور الذي يستوجب نقضه » .

(طعنان رقما ١٠٣١ ، ١٠٣٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٢)

٨- « إن المادة ٩١٦ من القانون المدني تنص في فقرتها الثالثة علي أنه « إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا علي سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك فإن مؤدي ذلك أنه إذا ثبت صدور التصرف في مرض الموت ، فإن البيع يكون هبة مستترة ، ولا يؤبه بالثمن المكتوب في العقد ، وإنما يكلف المشتري بإثبات أنه دفع ثمنا في المبيع ، ومقدار هذا الثمن الذي دفعه قبل التقرير بمدي سريان ا لبيع في حق الورثة إعمالا لحكم المادة ٤٧٧ من القانون المشار إليه » .

(طعن رقم ٥١٩١ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٢/٢٠)

٩- « إن النص في المادة ٤٧٧ من القانون المدني علي أنه « إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع علي الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته . أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن البيع - فيما يجاوز الثلث

لايسري في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين » ، وفي المادة ٩١٦ منه علي أن « كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلي ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف ..... وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا علي سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك »- يدل علي أنه إذا أثبت الورثة أن البيع صدر في مرض موت مورثهم ، فإن المشرع يفترض أن هذا البيع في حقيقته هبة ما لم ينقض المشتري هذه القرينة القانونية غير القاطعة بإثبات أنه دفع ثمنا للمبيع لايقل عن قيمته ، فيكون البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة إلي إجازتهم لانتفاء شبهة المجاملة في الثمن . وإذا ثبت أن ما دفعه من ثمن يقل عن قيمة المبيع بمقدار الثلث ، فإن البيع يسري أيضا في حق الورثة لدخول ما تمت المحاباة فيه من الثمن في نطاق ما يجوز الإيصاء به ، وفي الحالتين لا يكون ثمة محل لتحقيق صدور البيع في مرض الموت ، أما إذا جاوزت الزيادة الثلث ، فإن البيع يأخذ حكم الوصية ولايسري في حق الورثة - في حدود هذه الزيادة - إلا بإجازتهم ، أو بتقاضيهم ما يكمل ثلثي التركة من المشتري ، وعندئذ يتعين تحقيق الدفع بصدور البيع في مرض الموت » .

(طعون أرقام ١٨٥٩ ، ٢٤٤٤ ، ٢٤٤٧ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/٦/١٢)

موضـــوع رقـم (٤)

(العوض في الهبة)

٢٧ - النصوص القانونية :

مادة (٤٨٦ فقرة ثانية) مدني :

« ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض علي الموهوب له القيام بالتزام معين » .

مادة (٤٩٧) مدني :

يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة » .

٢٨ - الشروط الواجب توافرها في العوض :

يبين من المادتين ٢/٤٨٦ ، ٤٩٧ مدني أنه يجوز أن تقترن الهبة بمقابل . وهذا المقابل إما أن يكون التزاما أو شرطا علي الموهوب له ، أو عوضا يلتزم به الموهوب له . ويكون عقد الهبة عندئذ عقدا ملزما للجانبين أو من عقود المبادلة . ويترتب عليه - كما سنري في موضعه من الكتاب - أنه إذا لم يوف الموهوب له بتعهده فإنه يجوز للواهب بناء علي الشرط الفاسخ الضمني أن يطلب فسخ الهبة .

وقد يكون هذا المقابل التزاما بالإعطاء أو التزاما بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل .

ويجب أن تتوافر في هذا الالتزام الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام ، بأن يكون المحل موجودا إذا كان متعلقا بشئ معين بالذات ، أو ممكنا إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل .

ويجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين ويجب أخيرا أن يكون صالحا للتعامل فيه وبخاصة يجب أن يكون غير مخالف للنظام العام . ونعرض لأحكام النصين سالفي الذكر فيما يلي .

٢٩ - التزام الموهوب له بالقيام بالتزام معين :

ذكرنا أن المادة ٢/٤٨٦ مدني نصت علي أنه يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض علي الموهوب له القيام بالتزام معين . أي أن نية التبرع تكون قائمة في هذا النوع من الهبة مع فرض التزام معين يقوم به الموهوب له ، وهو ما يطلق عليه البعض الهبة المقيدة (١) .

والالتزام المفروض علي الموهوب له ، قد يكون لمصلحة الموهوب له نفسه أو لمصلحة الواهب أو لمصلحة الأجنبي ، وهذه صورة من صور الاشتراط لمصلحة الغير ، أو للمصلحة العامة .

ومثال الالتزامات التي تفرض لمصلحة الموهوب له ما يأتي :

١- أن يهب الواهب داراً للموهوب له ويشترط عليه الإقامة بها ، وهو البند المعروف في فرنسا ببند الإقامة .

٢-أن يهب الواهب نقودا للموهوب له ويشترط أن ينفقها في نزهة أو رحلة ، أو في شراء سندات ، أو شراء كتب ثقافية.

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٧٥ .

ومثال الالتزامات التي تفرض لمصلحة الواهب ما يأتي :

١- أن يرتب الواهب في عقد الهبة إيرادا لمدي حياته يدفعه الموهوب له .

٢- أن يفرض الواهب في عقد الهبة علي الموهوب له أن يقوم بإيوائه ويتكفل بمأكله وملبسه .

ومثال الالتزامات التي تفرض لمصلحة الأجنبي .

١- أن يشترط الواهب علي الموهوب له أن يرتب إيرادا لأجنبي مدي حياة الأخير .

٢- أن يشترط الواهب وهو والد الموهوب له علي ابنه تجهيز أختيه (أختي الموهوب له وبنت الواهب) والإنفاق عليها وعلي أمه (زوجة الواهب) بعد وفاة أبيه .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين ، وكان منصوصا فيه علي أن البائع تبرع لولده المشتري بهذا الثمن وعلي أن المشتري التزام بتجهيز أختيه وبالإنفاق عليهما وعلي أمه بعد وفاة أبيه، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة ، فإنها لا تكون قد أخطأت في تكييفه . فإن مجرد النعي علي أن الوالد تبرع بالثمن يكفي لاعتبار العقد هبة مكشوفة . أماما التزم به الموهوب له في ذيل هذا العقد من تجهيز أختيه ومن الإنفاق عليهما وعلي والدته بعد وفاة أبيه ، فلا يعدو أن يكون مقابلا للهبة ولايخرج عقدها عن طبيعته » .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢٢)

ومثال الالتزام المفروض لمصلحة عامة ، أن يشترط الواهب أن ينفق الموهوب له ريع الموهوب أو جزءا منه علي جهة خيرية كمدرسة أو ملجأ أو مستشفي [١] .

ولايثير تكييف العقد بأنه هبة ثمة صعوبة إذا كان الالتزام مقررا لمصلحة الموهوب له ، إذ أنه والهبة معا يفيدان الموهوب له فائدة محضة[٢] .

إنما تثور الصعوبة في الحالات التي يستتبع فيها تنفيذ الالتزام قيام الموهوب له بإنفاق مبالغ تزيد علي المال الموهوب . ومثال ذلك أن يهب شخص لآخر ألفي جنيه للقيام برحلة دراسية في الخارج تتطلب خمسين ألف جنيه ، أو يهب الواهب لشخص معنوي قطعة أرض عن أن ينشئ مستشفي أو مدرسة تزيد تكاليفها علي قيمة الأرض .

والرأي الذي سارت عليه محكمة النقض أن هذا العقد لايعد عقد هبة، بل عقد من عقود المعاوضة غير المسماة [٣] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص٢٧٩ .

(٢) السنهورى ص١٣ .

(٣) أما الفقه فيرى أن هذا العقد عقد هبة ، تأسيسا على أن التزام المتصرف إليه لا يؤثر على طبيعة العقد ، بل يبقى هبة مهما كانت قيمة التزامات هذا الأخير ، حتى لو زادت فى القيمة عن المال الموهوب ، ذلك أن الموهوب له تلقى بمقتضى العقد قيمة مالية دون أن يدفع مقابلا لها ، أما ما أنفقه فقد ظل خاصا به ، وتمخض لمصلحته فى شكل فائدة محسوسة إذا كان شخصا طبيعيا ، وفى اتساع دائرة نشاطه وزيادة وسائله لتحقيق غرضه وأداء مهمته إذا كان شخصا معنويا . وهكذا تكون قد عادت إليه وحده منفعة ما أنفقه . وبالتالى لم يترتب على تنفيذ الالتزام أى افتقار له . فالالتزام الذى تحمله =

إذ قضت بأن :

١- « إن الهبات التي يشترط فيها مقابل لاتعتبر من التبرعات المحض التي يجب أن توثق بعقد رسمي . فإذا كان العقد مشتملا علي التزامات متبادلة بين طرفيه إذ التزم أحدهما أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) منطقة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس ببيع ولا معاوضة ، وإنما هو عقد غير مسمي ، فلا تجب له الرسمية ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك علي الرغم مما هو وارد في عقد الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سيقت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلي تمليك المجلس إياها ، فهي لا تؤثر بحال علي كيان العقد وحقيقته » .

(طعن رقم ٨٩ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٤/١١)

٢- « المقرر أنه إذا كانت الهبة مشروطة للمساهمة في خدمة عامة فإن الرسمية لا تكون لازمة لانعقادها وأن الهبات التي يشترط فيها مقابل لاتعتبر من قبيل التبرعات المحضة التي يجب أن توثق في عقد رسمي » .

(طعن رقم ١٥٢٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١)

٣- « المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن الهبات التي يشترط فيها المقابل لاتعتبر من التبرعات المحضة التي يجب أن توثق بعقد رسمي ، فإذا كان العقد مشتملا علي التزامات متبادلة بين طرفيه ،

- لا يعتبر لهذا السبب مقابلا للمال الموهوب يجعل من العقد معاوضة (محمود جمال الدين زكى ص ٨٠ - أكثم الخولى ص ٩٦ - السنهورى ص ١٣) .

فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه لا يعد بيعا ولا معاوضة ، وإنما هو عقد غير مسمي فلا تجب له الرسمية ولا يجوز له الرجوع فيه ، وذلك علي الرغم مما قد يكون واردا فيه من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، لأن كل هذه الألفاظ إنما سيقت لبيان الباعث علي التصرف ولا تؤثر علي كيان العقد » .

(طعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٧/٥/٢٤)

٤- (أ)- وإذ كانت الهبة التي يشترط فيها المقابل لاتعتبر من التبرعات المحضة التي يجب أن توثق بعقد رسمي وأن التبرع بتقديم عقار لجهة إدارية لإقامة مشروع ذي نفع عام علي أن تتحمل الإدارة بقيمة النفقات وإقامة المشروع لايعتبر عقد هبة يخضع للأحكام المقررة في القانون من وجوب إفراغه في ورقة رسمية ».

(ب)- « لما كان الثابت من الأوراق - وعلي ما سجله الحكم المطعون فيه - أنه بمقتضي العقد المؤرخ ١٩٧٧/١١/١١ التزم الطاعن بتمليك الوحدة المحلية المذكورة الأرض موضوع التداعي لإقامة موقف للسيارات الأجرة عليها ، وأن الجهة الإدارية قبلت ذلك منه وتسلمت هذه الأرض وأقامت بها المشروع المتفق عليه ، فإن التعاقد الذي تم بين طرفيه هو عقد من عقود المعاوضة غير المسماة ، ولا يعتبر عقد هبة فلا تجب الرسمية لانعقاده ولايجوز الرجوع فيه ، وذلك علي الرغم مما يكون واردا فيه من ألفاظ التبرع أو التنازل أو الهبة ، إذ أن هذه الألفاظ إنما تساق لبيان الباعث وراء التصرف دون أن تؤثر بحال علي كيان العقد وحقيقته سالف البيان » .

(طعن رقم ٣٦٦٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٧/٦/١)

٣٠ – الهبة بعوض :

و إن كانت الهبة لاتتحقق إلا إذا كانت سببا في إثراء الموهوب له ، إلا أن ذلك لايمنع من أن تكون الهبة بعوض .

وهذا العوض قد يكون مشترطا لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة ، ولكن لايكون مشترطا لمصلحة الموهوب له [١] .

ومن أمثلة العوض المشترط لمصلحة الواهب ما تنص عليه الفقرة الأولي من المادة ٤٩٩ مدني من أنه إذا اشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزما إلابوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة هذا ما لم يتفق علي غيره .

وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة المذكورة من أنه إذا كان الشئ الموهوب مثقلا بحق عيني ضمانا لدين في ذمة الواهب ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق علي غير ذلك .

ومثال العوض المشترط لصالح أجنبي ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من أنه إذا كان الشئ الموهوب مثقلا بحق عيني ضمانا لدين في ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق علي غير ذلك..

---

(١) أكثم الخولى ص ٩٢ .

وتكون الهبة في هذه الحالة هي الفرق بين المال الموهوب ومقدار العوض ، أما إذا كانت قيمة المال الموهوب تعادل قيمة المال الموهوب أو تقاربها كان العقد معاوضة لا هبة (١) .

وإذا تبين أن الشئ الموهوب أقل في القيمة من العوض - ويتحقق ذلك غالبا إذا كان الموهوب له علي غير بينة من أمره - فإن الموهوب له يكون ملزما بأن يؤدي العوض المشروط قدر قيمة المال الموهوب فقط (م٤٩٨).

---

(٢) السنهورى ص ١٤ - أكثم الخولى ص ٩٢ - ويشترط الدكتور محمد كامل مرسى ص ٧٤ ليكون العقد معاوضة أن يكون العوض مساويا للمال الموهوب.

موضـــوع رقــم (٥)

(الشرط الرابع)
(شكل الهبـة)

٣١ - النص القانوني :

مادة (٤٨٨) مدني :

« ١- تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلاوقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر .

٢- ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلي ورقة رسمية » .

٣٢ - حكمة اشتراط الشكلية في عقد الهبة :

اشترط المشرع الشكلية في الهبة - بأن تكون في ورقة رسمية في العقار كما سنري - حماية للواهب وحماية لأسرته ، وحماية للموهوب له.

فالهبة حماية للواهب ، لأنها عقد له خطره إذ فيه يتجرد الواهب عن ماله دون عوض . فيكون في الشكلية تنبيه لهذا الأخير إلي خطر ما هو مقدم عليه ، فهي تستلزم إجراءات عديدة تدعو الواهب إلي التفكير والتدبر بما يقتضيه من وقت ، فضلا عن أن في إجرائها أمام موظف عام ما يوفر له أسباب الحرية في هذا التصرف [١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٥٤ - محمود جمال الدين زكى ص٨٧.

والشكلية ذات فائدة لأسرة الواهب ، لأن تجرد الواهب من ماله دون مقابل يسلب ورثته بعض حقهم في تركته ، وقد يكون في إجراءات الورقة الرسمية وعلانيتها سبيل الورثة إلي الإحاطة بما يقدم عليه مورثهم فيبصرونه بمغبة عمله .

وهي مفيدة للموهوب له ، لأن الهبة عقد يسهل الطعن فيه ، فخير للموهوب له أن يتسلح بهذه الرسمية للدفاع عن حقه [١] .

٣٣ - الرسمية في الهبة :

تنص المادة ١/٤٨٨ مدني علي أن تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ». وظاهر من هذا النص أن الشكل الرسمي هو القاعدة العامة في جميع الهبات سواء كان محلها عقارا أم منقولا .

أما هبة المنقول فتتم إما بورقة رسمية وإما بالقبض .

ويستثني من الرسمية أن تتم الهبة تحت ستار عقد آخر أي أن يكون هناك محرر عرفي تفرغ فيه الهبة في صورة عقد آخر كالبيع مثلا .

وعلي ذلك فالرسمية ركن لانعقاد العقد وليست طريقا لإثباته .

والغالب أن يتضمن المحرر الرسمي رضاء الطرفين ، أي الإيجاب والقبول ، ولكن ليس هذا ضروريا ، فليس ثمة ما يمنع من أن يكون كل من الإيجاب والقبول في ورقة مستقلة ، وفي هذه الحالة لايجب أن يكون رسميا إلا المحرر المتضمن إيجاب الواهب . أما قبول الموهوب له فيصح أن يكون في محرر عرفي [٢] .

---

(١) السنهورى ص ٤٥ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٥١ - محمود جمال الدين زكى ص ٨٩.

بل يعتبر سكوت الموهوب له قبولا ، وقد تكون الكتابة دليلا عليه كما قد يقوم عليه دليل آخر كتسلم المال الموهوب . وهذا الحكم مخالف لما كان عليه الحال في التقنين المدني القديم الذي أوجب - علي غرار القانون الفرنسي - أن يكون الإيجاب والقبول حاصلين بعقد رسمي (م٤٨/ ٧٠) . إذ تنص المادة المذكورة علي أنه لاتصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمي. فإذا ورد القبول في نفس العقد مع الإيجاب يكفي أن يكون العقد حاصلا بمحرر رسمي ، أي لايشترط أن يحرر بالقبول ورقة رسمية مستقلة . أما إذا كان القبول منفردا فيجب أن يكون حاصلا بمحرر رسمي كذلك .

أما القانون الجديد فلم يأت بهذا التفصيل بل نص علي أن : « تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة » والظاهر من هذا النص أن القانون الجديد لايشترط الرسمية في القبول إذا حصل بورقة لاحقة للإيجاب [1] .

ويجب أن تتضمن الورقة الرسمية جميع شروط الهبة ، أي جميع عناصر الهبة من مال موهوب وواهب وموهوب له ، وجميع الشروط التي قد يحتويها هذا العقد من عوض والتزامات مفروضة علي الموهوب له .

ولايجوز استكمال هذه الورقة الرسمية ، في عناصر الهبة بأوراق أخري غير رسمية ، وإلاكانت الهبة باطلة لانتفاء الشكل، وإن جاز الاستعانة بهذه الأوراق غير الرسمية في تفسير عقد الهبة .

---

(١) محمد كامل مرسى ص٧٨ .

ويخضع شكل الهبة لقانون البلد الذي تمت فيه عملا بالمادة ٣٠ من التقنين المدني التي تجري علي أن : «العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري علي أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك » .

وتختص بتحرير الهبة مكاتب التوثيق التي صدر بإنشائها القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ (المعدل) بشأن التوثيق ، كما هو الشأن في جميع المحررات الرسمية ، وذلك طبقا للأوضاع التي قررها ذلك القانون .

وقد أوجب القانون ولائحته التنفيذية علي الموثق ما يأتي :

١- عدم توثيق المحرر إلا بعد دفع الرسم المستحق عليه (م٣ من اللائحة التنفيذية للقانون) .

٢- أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم وصفاتهم وسلطاتهم قبل إجراء التوثيق (م٥ من القانون) .

وله أن يطلب- إثباتا لأهلية المتعاقدين - تقديم ما يؤيد تلك الأهلية من مستندات كشهادة ميلاد أو صورة رسمية من قيد واقعة الميلاد (م٥ من اللائحة التنفيذية) . وإذا اتضح له عدم توافر الأهلية أو الرضا أو الصفات أو السلطات لدى المتعاقدين ، أو إذا كان المحرر المطلوب توثيقه ظاهر البطلان وجب عليه أن يرفض التوثيق وإخطار ذوي الشأن بالرفض بكتاب موصي عليه يوضح فيه أسباب الرفض (م٦ من القانون) . ولمن رفض توثيق محرره أن يتظلم إلي قاضي الأمور

الوقتية بالمحكمة التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها وذلك في خلال عشرة أيام من إبلاغ الرفض إليه ، وله أن يطعن في القرار الذي يصدره القاضي أمام غرفة المشورة بالمحكمة الابتدائية .

وقرار القاضي أو غرفة المشورة لايجوز قوة الشئ المقضي به في موضوع المحرر (م م ٧ من القانون).

٣- يجب علي الموثق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين غير المعروفين له ببطاقة الحالة المدنية أو العائلية أو بأي مستند رسمي آخر. وإلا فبشهادة شاهدين بالغين عاقلين ثابتة شخصية كل منهما بمستند رسمي (م١/٧ من اللائحة التنفيذية)(١) .

٤- إذا تم التعاقد بوكيل فعلي الموثق أن يتأكد أن مضمون المحرر المطلوب توثيقة لا يجاوز حدود الوكالة (م٦ من اللائحة التنفيذية).

٥- يجب علي الموثق قبل توقيع ذوي الشأن علي المحرر المراد توثيقه أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته وأن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه دون أن يؤثر في إرادتهم ويوقع هو وأصحاب

---

(١) وكانت المادة الثامنة من اللائحة قبل تعديلها - بالقرار الوزارى رقم ٨٢٠ لسنة ١٩٦٣ تنص على أنه لايجوز توثيق محرر إلا بحضور شاهدين كاملى الأهلية مقيمين بالمملكة المصرية ولهما إلمام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما فى المحرر المطلوب توثيقه ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة .

ويجوز للموثق أن يكتفى بالشاهدين المنصوص عليهما فى المادة السابقة متى توافرت فيها هذه الشروط .

وعلى الشاهدين أن يوقعا المحرر مع أصحاب الشأن والموثق.

الشأن المحرر والمرفقات . وإذا كان المحرر مكونا من عدة صفحات وجب علي الموثق أن يرقم صفحاته وأن يوقعها جميعها مع أصحاب الشأن (م١٠ من اللائحة التنفيذية).

٦- يحفظ بالمكتب أصل المحرر (م ١٨ من اللائحة التنفيذية) . ويتولي المكتب إرسال صورة منه إلي المكتب الرئيسي بالقاهرة لحفظها فيه (م٢٠ من اللائحة التنفيذية) .

وتنسخ صورة من المحرر لتسليمه لأصحاب الشأن بعد دفع الرسم المقرر (م١٩ من اللائحة التنفيذية) .

وكون عقد الهبة رسميا لايمنع من الادعاء بصوريته وبأنه يخفي وصية، ومن ثم يقع علي من يدعي بذلك وهو وارث الواهب عبء إثبات الصورية طبقا للقواعد العامة في الإثبات .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- « إذا كان البين مما حصله الحكم المطعون فيه أن النصوص الواردة في العقد المختلف علي تكييفه صريحة من أنه عقد منجز ، فإن ما طعنت به المطعون ضدها (البائعة) علي هذا العقد وهي إحدي طرفيه من عدم صحة ما أثبت فيه من أنه عقد بيع ، وأن الثمن المسمي فيه قد دفع وأن الصحيح هو أنه يستر وصية ، ولم يدفع فيه أي ثمن ، إنما هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، وعليها يقع عبء إثبات هذه الصورية ، فإن عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد ، لأنها تعتبر عندئذ حجة عليها » .

(طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧١/١/٥)

٢- « التمسك بأن عقد البيع يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، ويقع علي الطاعن - وارث البائعة عبء إثبات هذه الصورية ، فإن عجز ، وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه » .

(طعن رقم ١٥٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٦)

٣- التمسك من الطاعن بأن عقد الهبة يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يخضع للقواعد العامة في الإثبات التي تلقي علي الطاعن وهو وارث الواهب عبء إثبات هذه الصورية فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه » .

(طعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨)

٣٤- التوكيل بالهبة :

إذا كانت الهبة حاصلة بواسطة وكيل عن الواهب ، وجب أن يكون هذا التوكيل رسميا لأن الواهب إنما يقرر بموجب هذا التوكيل رضاءه بالهبة ، وإلا كانت الهبة باطلة . لأن القاعدة هي أنه إذا كان العقد المراد إجراؤه يشترط فيه الرسمية ، فإن التوكيل بإبرام هذا العقد يجب أن يكون رسميا [(١)] .

٣٥ - جزاء تخلف الرسمية في الهبة :

إذا تخلف شرط الرسمية في الهبة ، فإن الهبة تكون باطلة بطلانا مطلقا - مالم تستند الهبة إلي أحد الأشكال الأخري كماسيجئ - لأن الشكل ركن لانعقادها وليس شرطا لصحتها أو دليلا لإثباتها .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٨٠.

ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان.

وللواهب نفسه أن يتمسك بالبطلان مهما كان موقفه من تعنت أو سوء نية واستهتار بالعهد الذي قطعه علي نفسه (١) . كما يجوز ذلك لورثة الواهب وخلفه الخاص كالمشتري من الواهب . وإذا كان الواهب قد سلم الشئ الموهوب للموهوب له وانقضت دعوي البطلان بالتقادم (خمس عشرة سنة من وقت عقد الهبة م١٤١/٢ مدني) جاز للواهب أن يرفع دعوي استحقاق يسترد بها العقار ، ولايستطيع الموهوب له أن يدفع هذه الدعوي بالتقادم ، بل يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها .

وقد قضت محكمة النقض ـ في ظل القانون القديم- بتاريخ ١٩٤٦/١٢/٥ في القضية رقم ١٢٤ لسنة ١٥ ق بأن :

« إن العقد المشوب ببطلان أصلي متعلق بالنظام العام هو في نظر القانون لا وجود له . ولما كان التقادم لايصحح إلا ما كان له وجود فإن مثل هذا العقد لاينقلب صحيحا مهما طال عليه الزمن . ومن ثم لا يكون البتة للتقادم أثر فيه ، ولصاحب الشأن دائما أبدا رفع الدعوي أو الدفع ببطلانه . وإذن فالحكم الذي يقضي بسقوط الحق في رفع دعوي

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٩٠- محمد كامل مرسى ص ٨٠ وما بعدها - أكثم الخولى ص ١١٢ وما بعدها .

بطلان عقد الهبة مع تسليمه بأنه باطل بطلانا أصليا متعلقا بالنظام العام يكون مخالفا للقانون » [(١)] .

٣٦ - هل يجوز إجازة الهبة الباطلة لتخلف الشكل ؟

ذكرنا أن الرسمية شرط لانعقاد الهبة ، وأنه يترتب علي تخلف هذا الشرط بطلان الهبة بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام ، ومن ثم لايزول هذا البطلان بالإجازة إذ نصت الفقرة الأولي من المادة ١٤١ مدني علي أنه إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولايزول البطلان بالإجازة .

إنما يجوز للمتعاقدين إبرام عقد هبة جديد ، تتوافر فيه عناصر العقد المطلوبة ، ومنها الشكلية . ويشترط توافر الأهلية في المتعاقدين عند عمل الهبة الجديدة ولايكفي فى توافرها وقت إبرام الهبة القديمة .

وإذا كانت الهبة الباطلة واردة علي منقول، ولكن الواهب اعتقد أن الهبة صحيحة وأنها تلزمه بتسليم المنقول إلي الموهوب له فقبضه ، لم

---

(١) ذهب القانون المدنى الجديد مذهبا آخر فإنه فرق بين دعوى إبطال العقود القابلة للإبطال (النسبى) وبين دعوى بطلان العقود الباطلة (البطلان المطلق ومنه المتعلق بالنظام) وبعد أن أورد أحكام العقود القابلة للإبطال وحدد لتقادم الحق فى طلبه مدة قصيرة نص فى المادة ١٤١ على أنه : « ١- إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة . ٢- وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد » وعلى أنه لم يتعرض للبطلان ولم يذكر له حكما - مجموعة القواعد القانونية - محمود عمر جـ٥ ص ٢٧٢ هامش (١) .

يكن في تنفيذ الهبة علي هذا النحو إجازة للهبة الباطلة ، فإن هذه الهبة لاتلحقها الإجازة ، ويستطيع الواهب في هذه الحالة أن يسترد المنقول الذي وهبه . ولا يجوز للموهوب له أن يدفع بعدم جواز الاسترداد بدعوي أن الواهب قد نفذ الهبة عملا بالمادة ٤٨٩ مدني التي تقضي بأنه إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه - والتي سيلي شرحها - لأن الواهب لم ينفذ الهبة مختارا هو عالم ببطلانها ، وشرط عدم الاسترداد طبقا لهذه المادة أن يكون الواهب يعلم ببطلان الهبة وينفذها - كما سنري - باختياره .

ولا يعتبر تنفيذ الهبة عقد لها بالقبض ، لأن تسليم الموهوب لم يتم كإجراء مكمل لركن التراضي في الهبة اليدوية .

غير أن المادة٤٨٩ سالفة الذكر قد أجازت استثناء إجازة الهبة الباطلة لانتفاء الشكل في حالة تنفيذها باختيار الواهب أو ورثته ، علي نحو ما سنري في البند التالي .

التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة لعيب في الشكل :

١٦ - النص القانوني :

مادة (٤٨٩) مدني :

« إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » .

٣٨ - أحكام إجازة الهبة الباطلة لعيب في الشكل بالتنفيذ الاختياري :

ذهب رأي إلي أنه إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فإنهم لايستطيعون استرداد الموهوب ، لأن الهبة التي اختل فيها ركن الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي لايجبر المدين علي تنفيذه ولكن يصح الوفاء منه اختيارا .

واستند هذا الرأى إلى أن نص المادة (٤٨٩) كما وردت في المشروع التمهيدي وكانت برقم (٦٦٣) تنص علي أنه : « إذا قام الواهب أو ورثته، مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، انقلبت الهبة صحيحة » . وقد تليت المادة في لجنة المراجعة واقترح معالي السنهوري باشا تعديلات تجعل الحكم مستقيما مع القواعد العامة ، إذ أن تنفيذ الهبة الباطلة يعتبر تنفيذا لالتزام طبيعي ، فوافقت اللجنة علي ذلك وأصبح نص المادة النهائي بوضعه الحالي[١] .

ولذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

« ٢- علي أنه إذا لم تستوف الهبة الشكل اللازم ، ولكن الواهب أو ورثته قاموا مختارين بتنفيذها ، كان هذا التنفيذ معتبرا ، ولا يجوز استرداد ما دفع وفاء للهبة ، لا لأن الهبة الباطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ كما جاء خطأ في المادة ٦٦٣ من المشروع ، بل لأن الهبة الباطلة يتخلف عنها التزام طبيعي إذا نفذ لايجوز استرداده ، (ويجب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٥١ وما بعدها .

إذن حذف المادة ٦٦٣ من المشروع « والتي أصبحت برقم ٤٨٩ » فإن ورودها في الصيغة التي وردت بها خطأ كما تبين ، ولا حاجة لإيرادها في صيغة صحيحة فإن حكمهايمكن استخلاصه من القواعد العامة ، وهو أقرب إلى الفقه منه إلي التشريع »(١) .

وأنه جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب : «استفسرت اللجنة كيف لايجوز استرداد الهبة التي سلمت إذا كان العقد باطلا بطلانامطلقا لعيب في الشكل فأجيب بأن الهبة الباطلة بطلانا مطلقا لعيب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي يعتبر تسليم الموهوب للهبة تنفيذا له ، وأنه لهذا السبب لا يجوز الاسترداد وفقا لقواعد الالتزامات الطبيعية »(٢) .

وقد عدل الدكتور السنهوري - أحد أصحاب الرأي السابق - عن هذا الرأي وأيده البعض(٣) ، وأخذوا بالرأي الذي كان واردا في نص المشروع التمهيدي قبل تعديله في لجنة المراجعة والذي كان ينص علي

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٥٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٥٢ - من هذا الرأى محمد كامل مرسى ص ٨١ ، ص ٨٤ - السنهورى فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وأمام لجنة المراجعة على النحو الذى سردناه سلفا وفى الموجز ص ٤٦٧ هامش رقم (٢) . إلا أنه عدل عن ذلك كما أوضحنا فى المتن .

(٣) السنهورى ص ٧٤ وما بعدها - محيى الدين علم الدين ص ٢٨ - الدكتور كمال حمدى المواريث والهبة والوصية ١٩٩٨ ص ١٦٢ وما بعدها .

أنه : «إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، انقلبت الهبة صحيحة » ، فالهبة الباطلة من حيث الشكل ترد عليها الإجازة ، مادام القانون قد نص علي ذلك ، ونص في الوقت ذاته علي الطريقة التي بها تجاز وهي التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة ، ومن ثم لاتلحق الإجازة الهبة الباطلة إلا بهذه الطريقة دون غيرها ، ويشترط لذلك أن يكون الواهب عالما بأن الهبة باطلة لعيب في الشكل ومع ذلك يقدم علي تنفيذها راضيا مختارا وهو علي بينة من أمره ، فيسلم المال للموهوب له قاصدا بذلك إجازة الهبة .

واستند هذا الرأي إلي سببين **السبب الأول** : أن الشكل هو من صنع القانون ، والقانون هوالذي يعين الجزاء علي الإخلال به فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لاتلحقه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلا .

والسبب الثاني : أنه لو صح أنه يتخلف عن الهبة الباطلة للشكل التزام طبيعي ، لصلح هذا الالتزام ، ليس فحسب للوفاء به فلا يسترد بعد الوفاء ، بل أيضا ليكون سببا لالتزام مدني (م٢٠٢ مدني) فيستطيع الواهب أن يتهرب من الشكل بأن يهب المال في ورقة عرفية فيتخلف عن هذه الهبة الباطلة للشكل التزام طبيعي ، يتخذه سببا لالتزام مدني نحو الموهوب له ينشئه أيضا بورقة عرفية . وبذلك يتمكن الواهب عن طريق ملتو أن يهب ماله هبة مباشرة مكشوفة دون مراعاة الشكل الواجب قانونا [1] .

---

(١) ويذهب رأى آخر إلى أن التقنين الجديد قد خلق إلى جانب الرسمية شكلا جديدا ذا صيغة عامة يمكن أن تتم فيه الهبة هو التنفيذ الاختيارى بشروطه=

....

= السابقة . ولا غرابة فى أن يكون التنفيذ الاختيارى شكلا تتم به الهبة لأنه ينطوى على تجرد مختار من الواهب عن المال الموهوب ويحقق - بما ينطوى عليه من التجرد والحال المباشر - حماية للواهب توازى بل وتفوق الحماية التى يمكن أن تحققها له الرسمية . فإقدام الواهب على التجرد واختيارا منه عن المال الموهوب رغم علمه بأن الهبة باطلة وأنه يستطيع لو شاء أن يحتفظ بهذا المال دليل قاطع على أن إرادته فى الهبة إرادة مستقرة مبصرة لاتحتاج إلى حماية القانون .

وإذا كانت الهبة قد نفذت اختيارا فور توافق الإرادتين فلا صعوبة فى الأمر . أما إذا انقضت فترة بين الاتفاق على الهبة فيما بين الطرفين وبين التنفيذ الاختيارى فإن التحليل السابق يقضى باعتبار الهبة منعقدة من وقت التنفيذ الاختيارى فقط دون أثر رجعى لأن التنفيذ الاختيارى ليس إجازة للاتفاق السابق وهو اتفاق باطل بطلانا مطلقا بل هو من قبيل إعادة عمل العقد من جديد فى هذا الشكل الجديد .

وإذا كان التنفيذ الاختيارى صادرا من ورثة الواهب ، فإن العقد يعتبر منعقدا بين الموهوب له والورثة لا بينه وبين المورث ولاتنتقل الملكية إلى الموهوب له إلا من تاريخ العقد الجديد لا من وقت تمام الاتفاق فى حياة المورث وهذا بعكس القول بفكرة الالتزام الطبيعى الذى تتحمل به التركة (أكثم الخولى ص ١١٧ وما بعدها) .

وينتقد الدكتور السنهورى هذا الرأى ص ٧٨ هامش (١) وما بعدها بأنه يخلط بين التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة والقبض فى هبة المنقول ، وأن هذا الرأى لا يؤدى إلى النتائج التى تؤدى إليها فكرة إجازة الهبة عن طريق التنفيذ الاختيارى وأن صاحب الرأى نفسه يبرز فرقين : أحدهما أن الهبة تعتبر منعقدة من وقت التنفيذ الاختيارى ولو أخذنا بفكرة الإجازة لاعتبرت الهبة منعقدة من وقت صدورها ، والفرق الثانى أنه إذا كان الذى قام =

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض ، إذ ذهبت إلي أن :

١- « النص في المادة ٤٨٩ من القانون المدني علي أنه «إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » يدل علي أن الهبة الباطلة لعيب في الشكل لا ترد عليها الإجازة إلا عن طريق تنفيذها اختيارياً من جانب الواهب أو ورثته بأن يكون الواهب أو الوارث عالماً بأن الهبة باطلة لعيب في الشكل ومع ذلك يقدم علي تنفيذها راضياً مختاراً و هو علي بينة من أمره فيسلم المال الموهوب إلي الموهوب له قاصداً من ذلك إجازة الهبة . فتنقلب الهبة الباطلة إلي هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة ، ولا يجوز له أن يسترد ما سلمه » .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٨)

٢- الأصل طبقاً لنص المادة ١/٤٨٨ من القانون المدني في هبة العقار أن تكون بورقة رسمية حتي تتوافر للواهب أسباب الجدية في عقد ينزل به عن ماله دون مقابل وإلا وقعت الهبة باطلة بطلاناً مطلقاً لاتصححها الإجازة غير أن المشرع خرج علي هذا الأصل العام في حالة التنفيذ الاختياري للهبة بما أورده بنص المادة ٤٨٩ من القانون المدني والتي تنص علي أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة

= بالتنفيذ الاختيارى هم الورثة فإن الهبة تكون قد انعقدت بينهم وبين الموهوب له فتنقل الملكية منهم لا من المورث ، ولو أخذنا بفكرة الإجازة لاعتبرت الهبة منعقدة بين المورث والموهوب له فتنتقل الملكية من المورث لا من الورثة . ولعل هذا الفرق الثانى هو الذى يظهر ما فى الرأى من غرابة.

باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » يدل علي أن الهبة الباطلة لعيب في الشكل ترد عليها الإجازة بالتنفيذ الإختياري لها دون غيره من طرق الإجازة فلا تجاز بالقول أو بالتصرف أو بغير ذلك من طرق التعبير عن الإرادة الصريحة والضمنية ، ولكي تنتج هذه الإجازة آثارها يشترط أن يكون الواهب عالماً بأن الهبة باطلة لعيب في الشكل ومع ذلك قام بتنفيذها لتسليم المال الموهوب للموهوب له قاصداً بذلك إجازة الهبة وعند ذلك تنقلب الهبة صحيحة ولا يشترط فيها الرسمية » .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/٥/١٢)

٣- « لئن كان جواز إثبات التصرفات القانونية بشهادة الشهود طبقاً للاستثناء المنصوص عليه في المادة ٦٣ من قانون الإثبات - عند وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول علي دليل كتابي - منوطاً بألا تكون هذه التصرفات مما يوجب الشارع إفراغها في محرر رسمي ، لأن الرسمية تكون ركناً من أركانها فلا تنعقد ولا تثبت بغيرها ، وكان النص في المادة ٤٨٨ من القانون المدني علي أن « تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » . وفي المادة ٤٨٩ منه علي أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » يدل علي أنه وإن كانت الورقة الرسمية شرطاً لانعقاد الهبة فلا تصح ولا تثبت بغيرها إلا أنه لما كانت الهبة الباطلة لعيب في الشكل ترد عليها الإجازة عن طريق تنفيذها تنفيذاً اختياريا من جانب الواهب أو ورثته - بأن يكون الواهب أو الوارث عالماً بأنها باطلة لعيب في الشكل ومع

ذلك يقوم بتنفيذها راضياً مختاراً وهو علي بينة من أمره فيسلم المال الموهوب إلي الموهوب له قاصداً من ذلك إجازة الهبة فتنقلب الهبة الباطلة إلي هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة ولايجوز له أن يسترد ما سلمه - فإن مقتضي ذلك أن إثبات عقد الهبة التي يتم تنفيذها تنفيذاً اختيارياً لايتقيد بأن يكون بورقة رسمية بل يكون خاضعاً للقواعد العامة في إثبات سائر العقود » .

(طعن رقم ١١٢٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

٤- لما كان يتعين طبقا للمادة ١/٤٨٨ من القانون المدني أن تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ، وكان النص في المادة٤٨٩ من ذات القانون علي أنه : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » يدل علي أن الهبة الباطلة لعيب في الشكل لا ترد عليها الإجازة إلا عن طريق تنفيذها تنفيذا اختياريا من جانب الواهب أوورثته بأن يكون الواهب أو الوارث عالما بأن الهبة باطلة لعيب في الشكل ومع ذلك يقدم علي تنفيذها راضيا مختارا وهو علي بينة من أمره فيسلم المال الموهوب إلي الموهوب له قاصدا من ذلك إجازة الهبة فتنقلب الهبة الباطلة إلي هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة ولا يجوز له أن تسترد ما سلمه .

. . . .

وعقد الهبة الباطل لعيب شكلي لايحول دون تملك المال الموهوب بالتقادم الطويل .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« إذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت في تقريراته أنه علي الرغم من بطلان عقد البيع باعتباره هبة سافرة لم تتم في شكل رسمي فإن أحد الموهوب لهم قد وضع يده علي الأعيان الموهوبة المدة الطويلة واستوفي وضع يده الأركان القانونية التي تجعله سببا لكسب الملكية فإنه مؤدي ذلك أنه قد تملك تلك الأعيان بالتقادم المكسب لا بالعقد الباطل ومن ثم فإذا كان عقد قسمة تلك الأعيان قد لحقه البطلان لاستناده إلي عقد الهبة الباطل إلا أنه إذا تضمن بيعا من والد الموهوب له لحفيده عن نصيبه الميراثي في تلك الأعيان التي لم تؤل ملكيتها للبائع أو لمورثه بسبب عقد الهبة الباطل وإنما بسبب آخر غير مترتب عليه ولاصلة له به ، فإن هذا البيع لايمتد إليه البطلان بل يبقي صحيحا باعتباره عقدا مستقلا وإن كان واردا في عقد القسمة المذكور » .

(طعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/١/١٧)

٣٩ – هبة المنقول بورقة رسمية وبالقبض :

بعد أن نصت المادة ٤٨٨ في فقرتها الأولي علي أن تكون الهبة بورقة رسمية – إلخ ، أردفت في الفقرة الثانية أنه ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة إلي ورقة رسمية .

أي أن الفقرة الأولي من المادة بعد أن وضعت القاعدة العامة في شكل الهبة وهي الرسمية استثنت في فقرتها الثانية المنقولات من حكمها . فالقبض في هبة المنقول استثناء من الرسمية ويقوم مقامها . ومعني ذلك جواز أن تكون الهبة في المنقول بمحرر رسمي طبقا للقاعدة

العامة ، وفي هذه الحالة يتم العقد وتترتب عليه آثاره دون حاجة إلي تسليم المنقول إلي الموهوب له .

أما إذا لم تعقد الهبة بمحرر رسمي فإن التسليم يكون ركنا في العقد وليس التزاما ناشئا عنه فلا تتم الهبة إلا بالقبض ، ومعني ذلك أن الهبة تكون عقدا عينيا ، ويطلق علي الهبة هذه أيضا (الهبة اليدوية). وهذا الحكم كان قائما في التقنين المدني القديم إذ كانت المادة ٧١/٤٩ تنص علي أن : « تعتبر الهبة في الأموال المنقولة صحيحة بدون احتياج إلي تحرير عقد رسمي بها إذا حصل تسلمها بالفعل من الواهب واستلامها من الموهوب له » .

٤٠ - المقصود بالقبض :

ذهب رأي إلى أن التقنين المدني القديم وإن كان يشترط في القبض أن يكون قبضا فعليا من الجانبين أي تسليما فعليا من الواهب وتسلما فعليا من الموهوب له ، بحيث تنتقل حيازة الموهوب له حيازة كاملة تحميها دعاوي الحيازة وتفضي إلي التملك إذ نصت المادة ٧١/٤٩ - كما رأينا في البند السابق - علي أن : « تعتبر الهبة في الأموال المنقولة صحيحة بدون احتياج إلي تحرير عقد رسمي بها إذا حصل تسلمها بالفعل من الواهب واستلامها من الموهوب له » . إلا أن المشرع في التقنين المدني الجديد لم يرد أن يتقيد بهذا التحديد في القبض ، فأطلق اللفظ وأصبح قبض الهبة معادلا لتسليم المبيع ، إذ نصت المادة ٤٣٥ مدني - الواردة في البيع - علي أن : « يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته

والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك ويحصل هذا التسليم علي النحو الذي يتفق مع طبيعة الشئ المبيع .

٢- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين ، إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقي المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » .

وبالترتيب علي ذلك ، فإن القبض في الهبة اليدوية قد يكون تسليما فعليا من الواهب وتسلما فعليا من الموهوب له ، وقد يكون تسليما فعليا من الواهب غير مقترن بتسليم فعلي من الموهوب له . وقد يكون تسليما حكميا .

ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلي .

٤١ - التسليم والتسلم الفعلي للمنقول :

في هذه الصورة يتناول الموهوب له المنقول الموهوب يدا بيد ، وتنتقل بذلك حيازة الموهوب من الواهب إلي الموهوب له .

وهذا إذا كانت طبيعة المنقول تسمح بمناولته مناولة مادية ، كالنقود أو ساعة أو خاتم أو مجوهرات أو أثاث أو كتب أو نحو ذلك من المنقولات المادية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « إذا قضي الحكم برفض دعوي المدعي بنصيبه الميراثي في مبلغ مودع أحد البنوك بانيا ذلك علي أن المورث قد وهبه ولده في حال حياته فخرج من تركته ، في حين أنه كان من دفاع المدعي أنه ليس ثمة أي دليل علي صدور هبة من المورث ، وكان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حسابا خاصا في البنك لولده أودع فيه باسمه المبلغ المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه هو في ذات البنك ، فهذا الذي قاله الحكم ليس فيه ما يدل علي صدور إيجاب بالهبة من المورث ، لأن نية الهبة لا تفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرده أن يفيدها إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح ، وبهذا لا يكون الحكم قد عني بتحصيل الركن الأول الأساسي من أركان عقد الهبة وهو الإيجاب ، فيكون باطلا » .

(طعن رقم ١٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٨)

٢- « لا يكفي لنفي حيازة المال المودع الوقوف عند حد مناقشة أركان الهبة التي ذكر المودع باسمه المال أنها سبب تملكه له ، بل يجب أن يكون النفي منصبا علي أن حيازة المال وإن انتقلت فى الظاهر إلي من أودع باسمه فإنها بقيت في حقيقة الأمر وواقعه لمودع المال الذي ظل مسيطرا عليه » .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦)

٣- « إن قرينة حيازة شخص لمال مودع صندوق التوفير المستمدة

من تحرير دفتر توفير باسمه هي قرينة قانونية غير قاطعة يمكن دفعها بكافة أوجه الإثبات بما فيها القرائن ».

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/١/٢٦)

٤٢ - التسليم الفعلي للمنقول من جانب الواهب :

يكون التسليم الفعلي للمنقول من جانب الواهب ، بأن يضع الواهب المنقول تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن هذا من حيازته والانتفاع به دون عائق ، دون استيلاء الموهوب له علي المنقول بالفعل استيلاء ماديا ، بشرط إعلام الموهوب له بوضع المنقول الموهوب تحت تصرفه . والتسليم الفعلي علي هذا النحو يتم بالطريقة التي تتفق مع طبيعة الشئ . فيتم تسليم المنقول بتسليم مفتاح المخزن الذي يوجد به أو بتحويل سند شحنه أو إيداعه أو تخزينه . أو بإفراز الشئ إذاكان منقولا معينا بالنوع .

ومما يؤيد ذلك أن مشروع التقنين المدني كان يتضمن نصا برقم (٦٦١) يجري علي أن : « لاتتم هبة المنقول إلا بتسليم الشئ الموهوب تسليما فعليا وقبضه » ، إلا أن هذا النص حذف من المشروع و جاء بملحق تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أنه « اقترح أن تضاف فقرة ثالثة إلي المادة ٤٨٨ نصها « مع مراعاة ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابقة يكون القبض بالتسليم والتسلم الفعلي » ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، فليس ثمة ما يدعو إلي تعريف القبض علي هذه الصورة بالنسبة للهبة بخصوصها » [(١)] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٤٨ وما بعدها .

٤٣ - التسليم الحكمي :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدني- الواردة في البيع - علي أن : « ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقي المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » - وهذا النص إنما هو تطبيق تشريعي لمبدأ عام في انتقال الحيازة إذ تنص المادة ٩٥٣ مدني علي أنه : « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه » .

وهذا التسليم الحكمى يستند أيضا إلي الأعمال التحضيرية للتقنين المدني ، إذ كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يشتمل علي نص المادة ٦٧٣ ، التي تنص في الفقرة الثالثة منها علي أنه : « أما إذا كان (الموهوب) منقولا ، فلا تنتقل الملكية إلا بالقبض الحقيقي الكامل ، فإن كان المنقول موجودا في حيازة الموهوب له وقت الهبة ، فتنتقل الملكية بمجرد الاتفاق علي الهبة ، دون حاجة إلي قبض جديد » ، إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة بأكملها لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة [1] .

فالقبض الحكمي له صورتان :

الصورة الأولى : أن يكون المنقول في حيازة الموهوب له بعد بعد الهبة ، بإجارة أو إعارة أو وديعة أو رهن حيازي أو نحو ذلك ، ثم تقع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٦٤ وما بعدها .

الهبة فيتفق الواهب مع الموهوب له علي أن يبقي المنقول في حيازة هذا الأخير ، ولكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن بل كمالك عن طريق الهبة ، وهذه الصورة من القبض الحكمي تطبق علي هبة المنقول لأن الواهب فيها يكون قد تجرد عن حيازة المنقول بعد الهبة باتفاق جديد غير الاتفاق علي الهبة وهذا يكفي في تنبيه الواهب إلي خطر ما أقدم عليه .

والصورة الثانية : أن يبقي المنقول في حيازة الواهب بعد الهبة ، ولكن لا كمالك بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو غير ذلك مما يترتب علي عقد يستلزم نقل حيازة الشئ .

وهذه الصورة لا تكفي لتمام الهبة اليدوية ، لأن الواهب لم يتجرد عن الحيازة علي وجه ينبهه إلي خطر ما أقدم عليه ويدل علي تصميمه علي المضي في الهبة . فلا بد إذن من أن يسلم الواهب المنقول للموهوب له ، ثم يرده الموهوب له للواهب علي سبيل الإيجار أو الوديعة أو العارية أو أي سبيل آخر [١] .

---

(١) السنهورى ص ٥٧ وما بعدها - كمال حمدى ص ١٦٠ وما بعدها - محيى الدين علم الدين ص ٢٦ وما بعدها - ويذهب رأى آخر إلى أن القبض يكون بالتسليم الحقيقى بمعنى أن يقبض الموهوب له المنقول فعلا ، ولايكفى أن يكون حكميا كتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها المنقولات أو سند إيداع الأوراق المالية فى أحد المصارف إذا كانت لحاملها ، ولو أن كل أولئك يعتبر فى عقد البيع تسليما للمبيع مبرئا لالتزام البائع . وهذا الوجوب ظاهر من عبارة المادة ٧١/٤٩ من التقنين القديم ومستفاد من نص المادة ٢/٤٨٨ من التقنين الجديد وذلك رغم نص المادة ٢/٩٥٤ التى وردت فى الحيازة =

٤٤ - المنقولات التي ترد عليها الهبة اليدوية :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨٨ مدني تنص علي أن : « ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلي ورقة رسمية » ، وقد جاء لفظ المنقول عاما ، ولم يخصص بنوع من المنقولات. ولما كانت المادة ٨٣ مدني تنص علي أن : « ١- يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع علي عقار بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوي تتعلق بحق عيني علي عقار .

٢- ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية » ، ومن ثم فإنه يخضع لهبة المنقول كل ما عدا « الحقوق العينية التي تقع علي عقار و « كل دعوي تتعلق بحق عيني علي عقار » [(١)] .

= وقررت « تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها » فى اعتبار المسلم إليه تلك السندات حائزا لهذه البضائع حيازة مكسبة للملكية تطبيقا لنص المادة ١/٩٧٦ إذا كان المتصرف غير مالك . كما أنه لا تتم الهبة إذا استمر الواهب حائزا لمنقول مع تغير صفته بأن صار مستأجرا أو مستعيرا وذلك رغم نص المادة ٩٥٣ على جواز « أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحيازة » ، أما إذا استمر الخلف واضعا يده لحساب نفسه كما جاء فى نفس المادة ، بأن كان الموهوب له وديعا أو مستأجرا للمنقول الموهوب ، فإن الهبة اليدوية تعتبر تامة إذا توفر للموهوب له حيازة المنقول الموهوب (محمود جمال الدين زكى ص ١٠٦ وما بعدها - محمد كامل مرسى ص ١٠٤).

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٠٨ .

وبذلك ترد الهبة اليدوية علي الحقوق المادية والحقوق المعنوية . عدا ما يستثني كما سنري . فيصح أن ترد الهبة علي الديون - وهي منقولات معنوية - بتحويل الدائن دينه لآخر وفقا للإجراءات المقررة في حوالة الحق ، علي سبيل التبرع ، ثم يتسلم الموهوب له سند الدين، وهذا هو القبض [١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

ومتي انتهي الحكم إلي أن الهبة قد انصبت صحيحة علي الدين الذي حلت فيه ابنة المورث القاصرة محل وزارة الأوقاف ، فإن ملكية هذا الدين تكون قد خلصت لها في الحال بمقتضي عقد الهبة فتتملك قيمته إذا أوفي به المدين ، وتملك مقابله إذا تم الوفاء بمقابل ، وتستطيع التنفيذ بموجبه علي أموال المدين استيفاء لقيمته فإن رسا مزاد بعض هذه الأموال عليها وخصم ثمنها من هذا الدين ، تملكت هذه الأموال بطريق الشراء باعتبار أن الثمن قد دفع من مالها » .

(طعن رقم ٣٩٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠)

كما ترد الهبة علي السندات لحاملها أو تحت الأمر أو الاسمية . ويتم القبض باستلام الموهوب له السندات لحاملها . وبالتظهير مع تسليم السندات تحت الإذن . وينقل السند إلي اسمه طبقا للإجراءات المقررة مع تسليم السند في السندات الإذنية [٢] .

---

(١) السنهوري ص ٦٥ - وعكس ذلك محمد كامل مرسي ص ١٠٦ .

(٢) السنهوري ص ٦٤ - وعكس ذلك محمد كامل مرسي ص ١٠٦ ، محمود جمال الدين زكي ص ١٠٨ ويستثنيان من هذه القاعدة الديون والالتزامات-

أما الملكية الفنية والأدبية والصناعية ، كحقوق الفنان والمؤلف والعلامات التجارية وبراءات الاختراع ، فلا ترد عليها الهبة اليدوية التي تتم بالقبض ، لأنه ينظمها قانون خاص هو القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية .

وقد نصت المادة ٨٦ مدني علي ذلك بقولها : « الحقوق التي ترد علي شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » ، فالرضاء الضمني لا يكفي - كقاعدة عامة - لنقل هذه الحقوق إلي ذمة المتصرف إليه ، بل لا بد لذلك من إجراء آخر ، إما لحصول ذلك الانتقال وإما لتمامه بنفاذه في حق الغير [١] .

= المحررة بمقتضى سندات لحاملها تأسيسا على أن تسليم هذه السندات إلى الموهوب له يكفى إذ الحق فيها يندمج فى المحرر ويعتبر الحائز للسند دائنا ، وقد ألحقها التقنين الجديد بالمنقولات المادية أخذا بالفقه الحديث والمقصود بذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٧٦ مدنى من أن من حاز بسبب صحيح منقولا أوحقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته .

(١) ويذهب رأى إلى أن لفظ (المنقول) لايقصد به سوى المنقولات المادية ، كما يظهر من صياغة المادة ١/٩٧٦ مدنى التى تقرر قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية إذ أتبعت لفظ (منقول) بعبارتى « حق عينى على منقول» أو « سند لحامله» فأوضح بذلك المشرع قصده فى قصر الأول « على ملكية المنقولات المادية » ولم يصرفه عن هذا التخصيص ما هو مسلم به فى الفقه الحديث من تشبيه السندات لحاملها بهذه المنقولات . يؤكد هذا النظر المادة ٨٦ التى تنص على أن « الحقوق التى ترد على شئ غير مادى تنظمها قوانين خاصة» فدل بهذا على أنه لا يجرى على المنقولات المعنوية ما وضعه فى التقنين للأموال المادية (محمود جمال الدين زكى ص ١١١) .

غير أن هذا لايحول دون أن ترد الهبة علي نتاج هذه الملكية ، فيجوز أن ترد الهبة علي لوحة لرسام أو كتاب لمؤلف .

والمحل التجاري باعتباره مجموعة أموال لايجوز أن يكون موضوعا للهبة اليدوية . فهو يخضع لتنظيم خاص وارد بقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل)، فقد نصت الفقرة الأولي من المادة ٣٧ من هذا القانون علي أن كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عيني عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا . ونصت الفقرة الثالثة من المادة علي أن يشهر تصرف المتجر وتأجير استغلاله بالقيد في السجل التجاري .

أما البضائع وهي أحد عناصر المحل التجاري فيجوز أن تكون محلا للهبة اليدوية .

كذلك يستثني من المنقولات المادية ، ما لا تنتقل ملكيته بالتراضي كالسفن البحرية التي أوجب القانون في شأنها عقدا رسميا .

تطبيقات قضائية للهبة اليدوية

٤٥ - (١) - إعانة وزارة المعارف :

قضت بعض المحاكم بأن الإعانات التي تمنحها وزارة المعارف العمومية لبعض المدارس الأهلية الخاضعة لتفتيشها لا تصبح حقا للمدرسة إلا بالقبض ، فلا يجوز الحجز عليها تحت يد وزارة المعارف ، لأنها ليست دينا بذمتها [١] .

٤٦ - (٢) - هبة الجهاز :

إذا تبرع الأب وجهز ابنته الكبيرة من ماله ، فإن سلمها الجهاز في حال صحته ملكته بالقبض ، وليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته استرداد شئ منه ، وإن لم يسلم إليها فلا حق لها فيه ، ولو سلمه إليها في مرض موته سرت عليه أحكام الوصية .

أما إذا كان تبرع الأب بالجهاز لابنته القاصرة، فلما كان للأب الولاية

---

(١) الموسكى الجزئية ٢٣ أبريل ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٣٤ ص ٦٨٧ - ويلاحظ أن القرار الوزارى رقم ٢٣٣٦ جعل فى المادة الثانية منه لوزارة المعارف العمومية وحدها الحق فى اعتبار أية مدرسة فى عداد المدارس التى يجوز منحها إعانة وفق أحكام هذه اللائحة ، وأتى فى المادة الثالثة بشروط منح الإعانة ، وهى خاصة بنظام المدرسة وحالتها المالية واختيار المعلمين ، وجاء فى المادة الرابعة عشرة بفقرة تنص على أن منح الإعانة فى سنة ما لا يحتم على الوزارة الاستمرار فى منحها كلها أو بعضها فى السنوات التالية. ومن ذلك يؤخذ أن الإعانات لا تصبح حقا إلا بالقبض ، مادامت الوزارة حرة إلى ما قبل ذلك فى منحها أو منعها (كامل مرسى ص ١٠٨ ومابعدها) .

علي ابنته القاصرة فإن يده تكون قائمة مقام يدها ، فبمجرد الشراء علي ذمتها انتقل الملك لها [(١)] .

ولذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- « الأصل أن الصغير يملك المال الذي يهبه إياه وصية أو مربيه ، أي من هو في حجره وتربيته ، بمجرد الإيجاب ، ولايحتاج للقبض ، وعليه لو وهب الأب لطفله شيئا في يده أو عند مستودعه أو مستعيره تتم الهبة بمجرد قوله : وهبت ، ولا حاجة للقبول لتمام الهبة ، لأن المال لما كان في قبض الأب ناب مناب قبض الصغير . فإذا اعتبر الحكم بناء علي أسباب مسوغة أن إقرار المورث بأنه مدين بقيمة السند موضوع الدعوي لولديه القاصرين ، هو إقرار من جانبه يشمل إيجابا بالهبة من مال في قبضه ، وبه تتم الهبة للقاصرين بغير حاجة إلي قبول من وصي يقام عليها ليتسلم السند - فإنه لا يكون قد أخطأ » .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣)

٢- «إن خطأ الحكم في تقريره أن الهبة تمت بتحرير السند وتسليمه في حين أنه اعتبر تحرير السند إيجابا للهبة للقاصرين ، وهذا الإيجاب وحده كاف لإتمامها دون حاجة إلي إجراء آخر - ذلك لا يقدح في صحته مادام أنه قضي باعتبار السند هبة تامة ».

(طعن رقم ٩٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣)

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١١٠ .

٤٧ - الإثبات في هبة المنقول بالقبض :

لم يستثن المشرع هبة المنقول إذا تمت بالقبض إلا من الرسمية ، ومعني هذا خضوعها - فيما عدا ذلك - للقواعد الموضوعية الخاصة بعقد الهبة وللمبادئ العامة في إثبات الالتزام .

وعلي ذلك يجب إثبات الهبة فيما بين المتعاقدين بالكتابة إذا جاوزت قيمة الموهوب خمسمائة جنيه ، مالم يوجد مانع من الحصول علي الكتابة . فإذا كان مدعي الهبة غير حائز للمنقول ، فإنه يتعين عليه إثبات عقد الهبة وفق هذه القواعد ، ثم يثبت أنه قبض المنقول ثم فقد حيازته . ويجوز إثبات واقعة القبض بكافة طرق الإثبات القانونية باعتبارها واقعة مادية .

إما إذا كان مدعي الهبة حائزا للمنقول وهذا ما يحدث غالبا عند موت الواهب حيث يقوم النزاع بين الموهوب له وورثة الواهب فإن الحيازة تكون قرينة علي الملكية عملا بالمادة ٦٩٤ مدني التي تنص علي أن : « من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه ، حتي يقوم الدليل علي العكس ».

وعلي ذلك فإن من ينكر حصول الهبة التزم عبء الإثبات .

غير أنه يشترط لتكون الحيازة قرينة علي الملكية ألا تكون معيبة بعيب من عيوب الحيازة كعيب الغموض والخفاء ، ومن القرائن علي غموض الحيازة أن يكون الحائز خليطا للواهب مساكنا إياه عند موته - إذا كان المتصرف قد توفي فإذا وجد المنقول في حيازته شاب الحيازة غموض إذ المنقول لم يخرج من منزل المورث وقد يكون الحائز قد استولي

عليه خلسة أو بغير إرادته . ومن القرائن علي خفاء الحيازة أن يخفي الحائز السندات التي يدعي أنها وهبت له ، فلا يقبض كوبوناتها إلا بعد مدة طويلة من موت صاحبها فيؤخذ ذلك منه قرينة علي أنه يتستر في حيازته للسندات حتي لايفتضح أمره عقب موت المورث [١] .

استثناء نوعين من الهبة من وجوب الشكلية أو العينية في الهبة

يستثني من وجوب الشكلية في الهبة ، أي من وجوب أن تتم بورقة رسمية ، أو من وجوب العينية في هبة المنقول أي من وجوب أن تتم هبة المنقول بالقبض نوعان من الهبة هما :

النوع الأول : الهبة المستترة .

النوع الثاني : الهبة غير المباشرة .

ونعرض لهذين النوعين من الهبة علي التوالي .

النوع الأول : الهبة المستترة

٤٨ – المقصود بالهبة المستترة :

الهبة المستترة هي الهبة التي تتم تحت ستار عقد من عقود المعاوضة علي سبيل الصورية ، فهي هبة مباشرة إذ فيها ينقل الواهب للموهوب له حقا عينيا أو يلتزم له بحق شخصي .

---

(١) السنهوري ص ٦٦ وما بعدها .

ويقابل الهبة المستترة الهبة المكشوفة أو الصريحة أي التي لا تلحقها صورية مطلقة ولا نسبية ، والهبة المكشوفة هي التي تخضع للشكل باستيفاء الرسمية ، أو القبض في هبة المنقول .

وقد أعفيت الهبة المستترة من الشكل بمقتضي الفقرة الأولي من المادة ٤٨٨ مدني التي تجري علي أن : « تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة **ما لم تتم تحت ستار عقد آخر** » .

وكان هذا الحكم منصوصا عليه في القانون المدني القديم إذ نصت المادة ٤٨/ ٧٠ علي أن : « تنتقل الملكية في الأموال الموهوبة منقولة كانت أو ثابتة بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له . إنما إذا كان العقد المشتمل علي الهبة ليس موصوفا بصفة عقد آخر فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمي وإلا كانت الهبة لا غية » - وقد اقتبس القانون المصري صحة الهبة المستترة من القضاء الفرنسي [1] .

---

(١) وكان المشروع التمهيدي للقانون المدنى فى المادة ٦٦٠ منه لا ينص على صحة الهبة المستترة فى العقار بل يشير إليها ليخضعها فقط لقواعد الصورية من حيث موقف الغير منها وجواز تمسكه بالعقد الظاهر وتغلب من يتمسك من الغير بالعقد الظاهر على من يتمسك منهم بالعقد المستتر . إذ كانت الفقرة الثانية منها تنص على أن « على أنه إذا تمت الهبة تحت ستار عقد آخر ، جاز للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر ، وفقا لما تقضى به مصلحته ، فإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الأخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين » ، إلا أنه قد عدل فى لجنة المراجعة كل ما استحدثه المشروع من أحكام الشكل فى الهبة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٤٨ وما بعدها) .

والحكمة من الاستثناء من الرسمية والعينية في الهبة المستترة ، أن في اتخاذ الهبة المستترة الشكل السابق ما يدل علي أن الواهب ليس بحاجة إلي الحماية التي يريد القانون أن يحققها له عن طريق الرسمية أو العينية .

فإقدام الواهب علي إلباس هبته لباس المعاوضة بدقة وإحكام دليل قاطع علي أنه يدرك عاقبة تصرفه ومداه وهوكل ما يمكن أن تحققه الرسمية له [١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« تجيز المادة ٤٨٨ من القانون المدني حصول الهبة تحت ستار عقد آخر ، وكل ما يشترطه القانون لصحة الهبة المستترة أن يكون العقد للهبة مستوفيا الشروط المقررة له في القانون ، وإذ كان الحكم قد انتهي في أسبابه إلي أن تصرفات مورث الطاعن - التي اعتبرها هبات مستترة - قد صدرت منجزة ومستوفية الشكل القانوني بتلاقي الإيجاب والقبول علي مبيع معين لقاء ثمن مقدر ، وكان ذكر الباعث

---

(١) أكثم الخولى ص ١٢٤ - ويذهب إلى أن بعض الكتاب قد حملوا على قاعدة صحة الهبة المستترة لأنها تنطوى على مكافأة الكذب والتضليل بل والبراعة فيهما فقط ولكنه يرى أنه لا محل لهذا النقد إذا سلمنا بأن أساس صحة هذه الهبات رغم انعدام الشكل الرسمى هو أن إفراغ الهبة فى قالب المعاوضة شكل تصح به الهبة لدلالته على نضوج إرادة الواهب وتمحيصه للأمر . وهذا هو الأساس الذى ترد إليه نصوص القانون المصرى لاسيما وأن الشكلية فى القانون المصرى لاتهدف إلا إلى حماية الواهب لا إلى حماية ورثته احتفاظا بالأموال داخل العائلة .

الدافع للهبة في العقد الساتر لها يتنافي مع سترها وكان الطاعن لم يقدم - علي ما سجله ذلك الحكم - الدليل علي ما ادعاه من عدم مشروعية السبب في هذه التصرفات ، فإن النعي علي الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون وفي تأويله يكون علي غير أساس » .

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/١٧)

(أنظر أيضاً البند التالي) .

٤٩ - أمثلة للهبة المستترة :

١- الهبة المستترة في صورة عقد بيع .

وهذا هو المثل الغالب في الهبة المستترة .

(أنظر بند ٥٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١-« إذا ظهر من نصوص عقد البيع المسجل تسجيلا تاما ومن ملابساته أنه عقد تمليك قطعي منجز وأن الملكية قد انتقلت بموجبه فورا إلي المشتري فاتفاق البائع والمشتري علي بقاء العين تحت يد البائع بعد البيع لينتفع بها طول حياته دون المشتري لايمنع من انتقال ملكية الرقبة فورا . ووصف هذا العقد بأنه وصية يكون خطأ بل إذا كان المستخلص من كافة ظروف الدعوي أن المشتري وهو حفيد البائع ، لم يكن في حالة تمكنه من دفع الثمن المبين في العقد وأن هذا الثمن لم يذكر إلا بصفة صورية . كان العقد في الحقيقة عقد تبرع منجز أي هبة مستترة في صورة عقد بيع ، والهبة الموصوفة بصفة عقد آخر صحيحة طبقا لنص المادة ٤٨٨ من القانون المدني ولو لم تكن بعقد رسمي ».

(طعن رقم ٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٦/٢)

٢- « إذا كانت هبة المنقول مستترة في صورة عقد بيع فإنه يكفي لانعقادها وانتقال ملكية المنقول الموهوب مجرد تلاقي الإيجاب والقبول في صورة عقد البيع الذي اختاره الطرفان لستر الهبة دون حاجة إلي تسليم الشيء الموهوب ولا يغير من هذا النظر وجود ورقة ضد تكشف عن حقيقة نية المتصرف . وإذن فمتي كان الحكم إذ قضي برفض الدعوي التي أقامها مورث الطاعن بطلب بطلان عقد بيع المنقولات الصادر إلي المطعون عليها الثانية علي أساس أن العقد في حقيقته وصية قد أقام قضاءه علي أن التصرف هو هبة مستترة في صورة عقد بيع فإن تحدث الحكم عن توافر ركن القبض فيها يكون تزيدا لا يضيره الخطأ فيه» .

(طعن رقم ١٧٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٤/٥)

٢- الهبة المستترة في صورة قرض لا يرد فيه المقترض مبلغ الدين أو لم يكن قد قبضه [١] .

٣- عقد ترتيب إيراد مدي الحياة ، لا يكون المدين فيه قد تسلم رأس المال المبين في العقد أو أن يكون الإيراد المشترط فيه أقل من الفائدة القانونية لرأس المال .

٤- الشركة التي يعطي فيها الشريك أسهما دون أن يدفع حصة في رأس المال .

٥- عقد التخارج ، الذي ينص فيه علي دفع عوض ، دون أن يثبت أداء هذا العوض .

---

(١) استئناف مصر ٢٧ ديسمبر ١٩٣٢ مشار إليه فى محمود جمال زكى ص ٩٦ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« إذا كانت المحكمة قد استخلصت مما أوردته في حكمها من القرائن التي استنبطتها من الوقائع الثابتة في الدعوي أن عقد التخارج الصادر من الجدة لأحفادها المذكور فيه أن التخارج كان بمقابل عوض قبضته من عمهم لم يكن في حقيقته إلا هبة لم يقبض عنها أي عوض ، مؤيدة ذلك بخلو العقد المذكور من التزام الاحفاد بوفاء ذلك العوض إلي عمهم الذي لم يكن له شأن في هذا العقد ، فذلك مما يدخل في حدود سلطتها ولا معقب لمحكمة النقض عليها فيه مادام تحصيلها إياه من الواقع سائغا . إذ قاضي الدعوي من حقه أن يؤول المشارطات بما يكون متفقا مع ما قصده المتعاقدون غير متقيد بألفاظها وعباراتها . وإذن فقد كان للمحكمة ، وقد تبينت أن التصرف لم يكن إلا هبة أن تستظهر المقصود من الإقرار بقبض مقابل التخارج مسترشدة بظروف الدعوي وملابساتها وبما فيها من قرائن ولو لم يكن هناك دليل كتابي » .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/١/١٥)

٦- الإقرار بالدين بسند عرفي . فالواهب يقر بدين عليه للموهوب له، وهو غير مدين له في الحقيقة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« إذا كان المسلم به من الخصوم أن السند موضوع الدعوي الصادر من والد إلي ولده إنما يستر تبرعا ، ولم يكن الخلاف إلا علي وصف التبرع فيه هل هو منجز فيكون هبة نافذة أم مضاف إلي ما بعد الموت

فيكون وصية لوارث موقوفا نفاذها علي إجازة بقية الورثة ، ثم قالت المحكمة بأنه وصية لإضافة القبض فيه إلي أجل في حين أن المقر كان له وقت الإقرار مبلغ من المال في أحد المصارف يسمح له بتنجيز التبرع منه وأن المتبرع له كان معوزا ، ثم لاشتراط عدم جواز حوالة السند وسكوت المتبرع له عن المطالبة به حتي توفي والده . فهذا التكييف غير صحيح، لأن هذا التصرف إنما هو عقد هبة في صورة إقرار بدين مستكمل لجميع الشروط فهو صحيح نافذ ».

(طعن رقم ٥ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٥/٢٣)

٧ - عقود المحاباة . بأن يبيع شخص عينا لآخرين بثمن بخس حاباه فيه بقصد التبرع ، فإنه يكون قد وهب له الفرق بين ثمن المثل والثمن المدفوع .

(أنظر بند ٥٣).

٥٠ - عدم الإفصاح أو الإشارة إلي الهبة بالعقد الساتر للهبة .

يجب لتحقق الهبة المستترة ، وجود عقد ساتر للهبة ومقتضي ذلك أن يتجنب الطرفان الإفصاح أو الإشارة إلي الهبة التي يعملان علي إخفائها ، وإلا كانت الهبة مكشوفة فيقضي ببطلانها لتخلف الرسمية. ذلك أن الجهد الذي يبذله الواهب في ستر هبته في صورة عقد آخر كفيل بأن ينبهه إلي ما هو مقدم عليه من تصرف ، ويدل في الوقت ذاته علي تصميمه علي المضي في التصرف . وهذا يحل محل الشكلية أو العينية في حماية إرادة الواهب .

فإذا خلا العقد الساتر للهبة من الإفصاح أو الإشارة عن الهبة،فلا يضير أن تكون هناك ورقة ضد مع الواهب تكشف عن حقيقة نيته.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- « لاعبرة بعدم ذكر قبض الثمن في عقد البيع متي كان الثمن مسمي فيه فإن البيع يقتضي إطلاقا التزام المشتري بدفع الثمن المسمي. ولكن إذا كان الثمن لم يذكر في العقد ، أو ذكر مع إبراء المتصرف له منه أو وهبه إليه ، فإن العقد في هذه الحالة لايصح أن يكون ساترا لهبة . لأن القانون وإن أجاز في المادة ٤٨٨ مدني أن يكون العقد المشتمل علي الهبة موصوفا بعقد آخر إلا أنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفيا الأركان والشرائط اللازمة لصحته » .

(طعن رقم ٢٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/٦/٩)

٢- « إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين ، وكان منصوصا فيه علي أن البائع تبرع لولده المشتري بهذا الثمن وعلي أن المشتري التزم بتجهيز أختيه وبالإنفاق عليهما وعلي أمه بعد وفاة أبيه، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة ، فإنها لا تكون قد أخطأت في تكييفه . فإن مجرد النص علي أن الوالد تبرع بالثمن يكفي لاعتبار العقد هبة مكشوفة أما ما التزم به الموهوب له في ذيل هذا العقد من تجهيز أختيه ومن الإنفاق عليهما وعلي والدته بعد وفاة أبيه فلا يعدو أن يكون مقابلا للهبة ولايخرج عقدها عن طبيعته » .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢٢)

٣- « إذا كانت هبة المنقول مستترة في صورة عقد بيع فإنه يكفي لانعقادها وانتقال ملكية المنقول مجرد تلاقي الإيجاب والقبول في صورة عقد البيع الذي اختاره الطرفان لستر الهبة دون حاجة إلي تسليم الشئ الموهوب ولا يغير من هذا النظر وجود ورقة ضد تكشف عن حقيقة نية المتصرف . وإذن فمتي كان الحكم إذ قضي برفض الدعوي التي أقامها مورث الطاعن بطلب بطلان عقد بيع المنقولات الصادر إلي المطعون عليها الثانية علي أساس أن العقد في حقيقته وصية قد أقام قضاءه علي أن التصرف هو هبة مستترة في صورة عقد بيع فإن تحدث الحكم عن توافر ركن القبض فيها يكون تزيدا لايضيره الخطأ فيه » .

(طعن رقم ١٧٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٤/٥)

٤- « إن دفع الزوج ثمن العقار من ماله كما قد يكون بنية الهبة لزوجته يصح أن يكون مجردا من هذه النية كأن يكون الغرض منه استعارة اسم الزوجة في الشراء ، فإذا استخلصت المحكمة انعدام الهبة مما حواه إقرار موقع عليه من زوجين يفيد دفع الزوج ثمن المبيع الذي اشترته زوجته وأنه إنما استعار اسمها في العقد بقصد حرمان ورثته إن مات قبلها ومن كون ورثة الزوجة لم يحركوا ساكنا إزاء العقد محل الدعوي بعد وفاتها وطوال حياة الزوج زهاء سبع سنوات حتي توفي الزوج ، فهذا استخلاص سائغ تملكه المحكمة بما لها من سلطة تقدير الواقع » .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٤/٢٠)

٥- « استقر قضاء محكمة النقض في ظل القانون القديم علي أنه إذا كان الثمن لم يذكر في عقد البيع إلا بصفة صورية فإن العقد يصح

بوصفه هبة مستترة في صورة عقد بيع وأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع من نصوص هذا العقد وملابساته أنه تمليك قطعي منجز فإن اتفاق الطرفين فيه علي عدم نقل تكليف العين المبيعة إلي المشتري وعلي بقائها تحت يد البائع للانتفاع بها طول حياته ليس بمانع من انتقال ملكية الرقبة فورا » .

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/١/٥)

٦- « تبرع البائع لأبنائه القصر بالثمن في العقد والتزامه بعدم الرجوع في تبرعه يفصح عن أن التصرف هبة سافرة وقعت باطلة لتخلف الشكل الرسمي الذي يتطلبه نص الفقرة الأولي من المادة ٤٨٨ من القانون المدني ، ولا يعتبر هذا التصرف بيعا إذا لم يستهدف العقد أحد أركان البيع وهو الثمن ، ولايصلح العقد وهو علي هذا الحال أن يكون ساترا للهبة وفقا لما تجيزه الفقرة الثانية من المادة آنفة الذكر لأن مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذي يسترها مستوفي الأركان والشرائط القانونية » .

(طعن رقم ٨٧٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٣)

(راجع أيضا نقض طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/١٧ منشور ببند ٤٨)

٥١ - وجوب أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفيا لشروط انعقاده في الظاهر :

يجب أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفيا لشروط انعقاده من حيث الظاهر فإذا كان العقد بيعا فيجب أن يتضمن مبيعا وثمنا ، والثمن وإن كان صوريا لا حقيقة له إنما يذكر لستر الهبة .

والغالب في العمل - كما قررنا سلفا - بأن تستتر الهبة بأقرب العقود إليها وهو البيع ، بأن يبرم الطرفان بيعا صوريا ويعطي البائع مخالصة بالثمن أو بجزء منه إلي المشتري الذي لم يدفع شيئا ، أو يتفقان في ورقة الضد علي أن الثمن صوري وعلي أن المشتري الصوري لايلتزم بدفعه .

أما إذا لم يذكر الثمن بالعقد ، أو ذكر في العقد مع إبراء المتصرف إليه منه أو وهب له ، فإن العقد في هذه الحالة لايصح أن يكون ساترا للهبة ، ويكون العقد هبة سافرة وقد أشرنا سلفا إلي أن وجود ورقة ضد تكشف عن حقيقة التصرف ، لاينفي عن العقد كونه ساترا للهبة .

غير أنه يجب التفرقة في حالة ذكر الثمن بالعقد بين فرضين :

الأول : أن يكون الثمن الوارد بالعقد تافها ، والثمن التافة ، هو الذي يكون فيه عدم التناسب بين الثمن وقيمة المبيع فاحشا ، أو لم يكن هناك تناسب علي الإطلاق ، كأن يباع عقار قيمته عشرة آلاف جنيه بمائتي جنيه . فإن الهبة لا تكون مستترة بل سافرة .

الثاني : أن يكون الثمن الوارد بالعقد بخسا ، والثمن البخس هو الذي يقل عن ثمن مثل الشئ المبيع أو يقل عنه كثيرا ، كأن يباع العقار في المثل السابق بأربعة آلاف جنيه . فهذا الثمن البخس إما أن يكون صوريا فتصح الهبة لأنها استترت بالبيع بعد أن استوفي شروطه في الظاهر بذكر الثمن . وإما أن يكون الثمن البخس جديا ، فينظر إذا كان البائع قصد البيع وإنما تحمل الغبن مضطرا ، فإن العقد يكون بيعا صحيحا لأن الثمن البخس لايبطل البيع . وإذا كان البائع قصد أن

يحابي المشتري بالفرق بين ثمن المثل والثمن البخس ، فالعقد في مقدار المحاباة هبة مستترة [(١)] .

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ)- تجيز المادة ٤٨٨ من القانون المدني حصول الهبة تحت ستار عقد آخر ، وعلي ما يشترطه القانون لصحة الهبة المستترة أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفيا الشروط المقررة له في القانون ، وإذ كان الحكم قد انتهي في أسبابه إلي أن تصرفات مورث الطاعن - التي اعتبرها هبات مستترة - قد صدرت منجزة ومستوفية الشكل القانوني بتلاقي الإيجاب والقبول علي مبيع معين لقاء ثمن مقدر، وكان ذكر الباعث الدافع للهبة في العقد الساتر لها يتنافي مع سترها ، وكان الطاعن لم يقدم - علي ما سجله ذلك الحكم - الدليل علي ما ادعاه من عدم مشروعية السبب في هذه التصرفات ، فإن النعي علي الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون وفي تأويله يكون علي غير أساس».

(ب)- « تبرع البائع لأبنائه القصر بالثمن في العقد والتزامه بعدم الرجوع في تبرعه يفصح عن أن التصرف هبة سافرة وقعت باطلة لتخلف الشكل الرسمي الذي يتطلبه نص الفقرة الأولي من المادة ٤٨٨ من القانون المدني ، ولايعتبر هذا التصرف بيعا إذا لم يستهدف العقد أحد

---

(١) السنهورى ص ٩١ وما بعدها - وقارن رأيا يذهب إلى أن الهبة هنا تكون هبة غير مباشرة بند (٥٣).

أركان البيع وهو الثمن ، ولايصلح العقد وهو علي هذا الحال أن يكون ساتراً للهبة وفقاً لما تجيزه الفقرة الثانية من المادة آنفة الذكر لأن مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذي يسترها مستوفي الأركان والشرائط القانونية » .

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/١٧)

٢- « إذ كان إقرار الموهوب له في تحقيقات الشكوي الإدارية ، بأن المبلغ الثابت بسند الدين في حقيقته تبرع ، لا يجعل الهبة مكشوفة مادامت عبارات السند بذاتها لاتكشف عن الهبة ، وكان لا يؤثر في صحة الهبة خطأ الحكم في تكييف العقد الساتر بأنه وديعة لاعارية استهلاك ، لأن القانون لايشترط أن يتم أي من هذين العقدين في شكل معين ، فإن النعي علي الحكم المطعون فيه يكون علي غير أساس » .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٢/١٧)

٣- (أ)- تجيز المادة ٤٨٨ من التقنين المدني حصول الهبة تحت ستار عقد آخر ، وهي تخضع في شكلها للقواعد الخاصة بالعقد الذي يسترها ، والهبة المستترة في صورة عقد بيع تصح متي كان العقد جامعاً في الظاهر لأركان البيع اللازمة لانعقاده، أي مذكوراً فيه الثمن بطريقة غير نافية لوجوده ، وتحقق ذلك لايغير منه - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - وجود ورقة أو اكتشاف دليل بأي سبيل يكشف عن حقيقة اتجاه نية المتصرف إلي التبرع طالما توافر الشكل الظاهري » .

(ب)- إذ كان الواقع في الدعوي أن العقد استوفي ظاهرياً الأركان القانونية لعقد البيع المنجز من بيع وثمن ، وأنه صدر من الطاعن بصفته

الشخصية إلي نفسه بصفته ولياً شرعياً علي أولاده المطعون عليهم وقت أن كانوا قصراً ، وكانت المادة ٤٨٧ من القانون المدني تجيز للولي الشرعي أن ينوب عن الموهوب له في قبول الهبة ، ولو كان هو الواهب ، فيكون له أن يتعاقد مع نفسه ، فإن التصرف المعقود باعتباره هبة مستترة في صورة البيع تكون قد توافرت له شرائط الصحة ».

(طعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٤)

(راجع أيضا نقض طعن ٨٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢٢ - طعن رقم ١٧٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٤/١٥ المنشورين بالبند السابق)

٤- « المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الهبة المستترة في صورة عقد بيع تصح متي كان العقد جامعا في الظاهر لأركان البيع اللازمة لانعقاده، ومن ذلك أن يكون مذكورا به الثمن بطريقة غير نافية لوجوده، ولو ثبت بأدلة أخري أن حقيقة نية المتصرف هي التبرع » .

(طعن رقم ٥٩٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥)

وإذا استخلصت المحكمة من نصوص العقد وملابساته أنه تمليك قطعي منجز فإن اتفاق الطرفين فيه علي عدم نقل تكليف العين المبيعة إلي المشتري وعلي بقائها تحت يد البائع للانتفاع بها طول حياته ليس بمانع من انتقال ملكية الرقبة فورا .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« استقر قضاء محكمة النقض في ظل القانون المدني القديم علي

أنه إذا كان الثمن لم يذكر في عقد البيع إلا بصفة صورية فإن العقد يصح بوصفه هبة مستترة في صورة عقد بيع وأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع من نصوص هذا العقد وملابساته أنه تمليك قطعي منجز فإن اتفاق الطرفين فيه علي عدم نقل تكليف العين المبيعة إلي المشتري وعلي بقائها تحت يد البائع للانتفاع بها طول حياته ليس بمانع من انتقال ملكية الرقبة فورا » .

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/١/٥)

كما قضت محكمة النقض بأن تنجيزالتصرف لايتعارض مع حيازة البائع للمبيع واحتفاظه بحق البيع مدي حياته ، وأن وضع يد المشتري علي العين المبيعة يصح اعتباره قرينة علي إنجاز التصرف إلا أنه ليس شرطا لازما فيه .

إذ قضت بأن :

١- « استقر قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم علي أنه إذا كان الثمن لم يذكر في عقد البيع إلا بصفة صورية ، فإن العقد يصح بوصفه هبة مستترة في صورة عقد بيع ، وأنه لا يتعارض مع تنجيز التصرف أن يظل البائع واضعا اليد علي ما باعه أو أن يحتفظ لنفسه مدي الحياة بحق الانتفاع ».

(طعن رقم ٤١١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٢/٦/٢١)

٢- « ولئن كان وضع يد المشتري علي العين المبيعة يصح اعتباره قرينة علي إنجاز التصرف إلا أنه ليس شرطا لازما فيه ، إذ قد يكون

التصرف منجزا مع استمرار حيازة البائع للعين المبيعة بسبب من الأسباب التي لاتنافي إنجاز التصرف » .

(طعن رقم ٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٢/٦)

٥٢ - إثبات الهبة المستترة :

الهبة المستترة في الواقع عقد صوري كما رأينا . ومن ثم فإن إثباتها يكون طبقا للقواعد العامة في إثبات الصورية .

وهذه القواعد تفرق بين العاقدين والغير .

فبالنسبة للعاقدين إذا ادعي المتصرف أن البيع الصادر منه إلي المشتري ليس إلا هبة مستترة ، وأنه يريد الرجوع في الهبة ، فإن إثبات الهبة وهي العقد الحقيقي يكون بالكتابة إذا زادت قيمة المال الموهوب علي خمسمائة جنيه أو كان العقد الساتر ثابتا بالكتابة ، وذلك ما لم يوجد مانع من موانع الحصول علي دليل كتابي .

ويكون وسيلة ذلك هي ورقة الضد الذي يحصل عليها أحد المتعاقدين وقت تحرير العقد .

أما بالنسبة للغير ، كالدائن إذا طعن في الهبة المستترة بالدعوي الصورية ، فيجوز له أن يثبت بكافة طرق الإثبات القانونية - بما فيها البينة والقرائن أن العقد الظاهر يخفي في الحقيقة هبة (١) .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٠١ - أكثم الخولى ص ١٣١ .

النوع الثانى : الهبة غير المباشرة

٥٣ – تعريف الهبة غير المباشرة :

الهبة غير المباشرة هي الهبة التي يكسب فيها الموهوب له حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل علي سبيل التبرع عن طريق الواهب ، دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة عن الواهب ، أي تنشأ الهبة غير المباشرة عن أي عقد غير عقد الهبة ، من غير أن يكون التبرع الذي يحويه خافيا[١] .

---

(١) السنهورى ص ٧٩ وما بعدها – ويعرفها الدكتور محمود جمال الدين زكى ص ١٣٥ بأنها كل تصرف جدى يؤدى– دون اللجوء إلى الأشكال العامة للهبات – إلى نقل حق مالى من ذمة إلى أخرى مجانا بإرادة الطرفين ، فهذه الهبة يدخل فيها كل الهبات المعفاة من الرسمية.

وهذا التعريف يتفق والتعريف الوارد بالمتن.

وينادى الدكتور أكثم الخولى ص ١٣٦ وما بعدها بمعيار آخر للهبة غير المباشرة هو ردها إلى فكرة التصرف غير المتصف أو المحايد وهو التصرف الذى يعتبر صحيحا فى ذاته وبغض النظر عن سببه أو هو تصرف لاينم عن سببه إذ يقوم على أداة فنية لإنشاء أو نقل أو إنهاء الحقوق يمكن أن تستخدم لتحقيق مختلف الأغراض فهو يصلح لتحقيق المعاوضة كما يصلح لتحقيق التبرع ولايؤدى فحصه فى ذاته إلى الوقوف على الغرض الذى سخره من أجله الطرفان لأنه غير متصف بوصف المعاوضة أو التبرع . وإذا كان التصرف غير المتصف هو أساس صحة الهبة غير المباشرة . فإن التصرف المجرد بمعناه الدقيق يمكن أن يحقق هبة مباشرة من باب أولي ولاخلاف فى ذلك .

ويميز الهبات غير المباشرة عن الهبات المستترة وجود الصورية في الهبات المستترة أما في الهبات غير المباشرة فتظهر نية التبرع ورغبة المتصرف في الهبة .

٥٤- أمثلة للهبات غير المباشرة :

١- التنازل أو الترك لمصلحة آخر :

تقع الهبات غير المباشرة غالبا في صورة التنازل أو الترك لمصلحة شخص آخر . كما إذا أعطي دائن مدينه مخالصة بدين مستحق عليه . وكما إذا تنازل شخص عن حقه في وصية أو ميراث .

وكما إذا تنازل شخص عن حق الانتفاع أو السكني أو الاستعمال إلي مالك الرقبة، أو تنازل صاحب حق الارتفاق عن هذا الحق إلي المالك .

أما إذا كان التنازل عن حق الانتفاع لغير مالك الرقبة ، فإنه يكون هبة مباشرة تستلزم الرسمية [١] .

وتفسير ذلك أن التنازل بمعناه الدقيق هو إسقاط الحق أوالتخلي عنه بإرادة صاحبه ويسميه البعض بالتنازل القائم علي التخلي عن الحق أو المسقط . وللتنازل بهذا المعني **مميزان أساسيان** : هو أولا تصرف قانوني من جانب واحد هو صاحب الحق . وهو ثانيا تصرف مسقط يقتصر علي إسقاط الحق عن صاحبه ولا شأن له بمن سيؤول إليه هذا

---

(١) السنهوری ص ٨٠ هامش (٢) - أكثم الخولی ص ١٤٣ وما بعدها - عكس ذلك محمود جمال زكي ص١٢٤.

الحق بل يتكفل القانون بتعيين من يؤول إليه الحق بعد التنازل . والتنازل بهذا المعني تصرف مسقط غير متصف لا ينم بذاته عن غايته، ولا عن الشخص الذي تم لصالحه . وهو في الأصل تصرف بات لا رجعة فيه . وبذلك يتصور أن يكون هبة غير مباشرة إذا تم بقصد التبرع لمن يؤول إليه الحق بنص القانون .

أما إذا فقد التنازل أحد مميزيه السابقين فإنه يصبح تنازلا ، ناقلا ويكون هبة مباشرة خاضعة للرسمية إذا دفع إليه قصد التبرع . فإذا تم التخلي عن الحق باتفاق بين من يسقط حقه ومن يؤول إليه الحق فإننا لا تكون بصبدد هبة غير مباشرة ولا يكون لفظ التنازل الذي استعمله الطرفان إلا تعبيرا خاطئا عن نقل الحق بدون مقابل .

ولايختلف الحكم إذا كان التنازل تصرف من جانب من يسقط حقه ولكنه تضمن تعيين المستفيد الذي يؤول إليه الحق إذ يفقد التصرف بذلك طابعه المسقط المشخص للتنازل ولا يكون إلا نقلا للحق ، لأن مجرد التعيين يترجم عن قصد نقل الحق لا إسقاطه ولوكان المستفيد هو من يعينه القانون [١] .

أما التنازل عن حق الملكية ذاته فلا يتصور أن يكون هبة غير مباشرة لأن المستفيد من هذا التنازل غير معين أصلا ولا بنص القانون مادام التنازل عن ملكية الشئ يجعله مالا مباحا يملكه من يستولي عليه[٢] .

---

(١) أكثم الخولى ص ١٤٣ وما بعدها .

(٢) أكثم الخولى ص ١٤٣ هامش (٢) .

٢- الإبراء من الدين :

الإبراء هو ترك الدائن حقه دون مقابل . وهو تصرف من جانب الدائن وحده يتم متي وصل إلي علم المدين ويرتد برده (م٣٧١مدني)[١] .

ويعتبر الإبراء هبة غير مباشرة ، لأن الموهوب له (المدين) كسب الدين لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب بل عن طريق نزول الواهب عنه ، كما هي الحال في النزول عن حق عيني.

وتسري علي الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري علي كل تبرع عملا بالمادة ٣٧٢ مدني التي تجري علي أن : « ١- يسري علي الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري علي كل تبرع .

٢- ولايشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع علي التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان »[٢] .

وقد يكون الإبراء صراحة أو دلالة ، كحالة تسليم سند الدين للمدين.

وتسليم سند الدين لأحد المدينين المتضامنين معتبر بالنسبة إلي جميعهم .

وإبراء ذمة المدين من الدين يترتب عليه إبراء ذمة ضامنه أيضا.

---

(١) تنفى هذه المادة على أن : ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٢٣ .

وإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يعتبر مقصورا علي حصته ، وينقضي الدين بقدرها فقط (م٢٨٩ مدني)[١] .

ولاتبرأ ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنية ومع ذلك إذا سلم المتعهد له سند الدين للكفيل جاز اعتبار ذلك إبراء لذمة المتعهد نفسه [٢] .

٣- الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير علي سبيل التبرع من صور الهبة غير المباشرة . ومثال ذلك أن يبيع شخص عقارا إلي آخر ، واشترط عليه أن يدفع إيرادا مدي الحياة لأحد أقاربه (أقارب البائع) دون أن يتقاضي مقابلا من قريبه عن هذا الإيراد ، فالإيراد هنا يعد هبة غير مباشرة لقريب الواهب .

والتأمين علي الحياة من أهم التطبيقات الحالية للاشتراط لمصلحة الغير . فإذا أمن شخص علي حياته لمصلحة أولاده ، فاستحق أولاده مبلغ التأمين ، كان هذا التأمين هبة غير مباشرة من المؤمن لأولاده [١] .

---

(١) تنص هذه المادة على أن : « ١- إذ أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقين ، إلا إذا صرح الدائن بذلك .

٢- فإذا لم يصدر منه هذا التصريح ، لم يكن له أن يطالب باقى المدنين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين .

وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر ا الإبراء لصالحه بحصته فى الدين » .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١١٤ وما بعدها .

(٣) السنهورى ص ٨١ - أكثم الخولى ص ١٤٥ - جمال زكى ص ١٢٧ ويرى =

وكـان المشـروع التمـهيدي يتضـمن نصا هوالمادة ٦٦٢ يجري علي أنه : « إذا تمت الهبة في صورة اشتراط لمصلحة الغير ، فلا يشترط فيها شكل خـاص ، إلا الشكل الذي قـد يتطلبـه العـقـد مـا بين المشـتـرط والمتعهد » – وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن حكمه وارد في باب الاشتراطات لمصلحة الغير (١) .

٤- حوالة الحق :

تكون حوالة الحق هبة غير مباشرة إذا حول الدائن دينه بغير مقابل لمصلحة الشخص الذي يريد التبرع له .

وكذلك في حالة نقل السندات الاسمية بالتنازل في دفاتر الشركة التي أصدرتها إذا كان المتنازل له لم يدفع قيمة الأسهم (٢)

٥- قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل :

يعتبر قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل هبة غير مباشرة من المحـال عليـه للمحـيل ، لأن المحـيل كـسب براءته من الدين ، مع التـزام المحـال عليـه لشـخص آخر هو المحـال لـه ، دون أن يلتـزم للمحـيل وإلا كـانت الهبة مباشرة ، وكذلك الحال فيما إذا التزم شخص دون مقابل أن

= الدكتور محمود جمال الدين زكى ص ١٢٧ أنه ليس ثمة ما يمنع أن يكون هذا النوع من التأمين ، فى العلاقة بين المتعهد والمستفيد ، معاوضة كما إذا أمن مدين على حياته لمصلحة دائنه حتى يستوثق من وفاء دينه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٤٨ وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١١٦ .

يوفي دين غيره فهذه هبة غير مباشرة من الملتزم ، لأن هذا قد التزم لا للمدين بل للدائن ، ولو التزم للمدين كانت الهبة مباشرة (١) .

٦- عقد الاكتتاب :

الاكتتابات التي تفتح لإنشاء عمل خيري أو لمساعدته ، أو للمنفعة العامة ، هي هبات ، ويجب أن تكون خاضعة للقواعد الخاصة بالشكل.

ولكن الحاصل عملا هو أن كثرة عدد المكتتبين وضآلة الاكتتابات الفردية تجعل استعمال الشكل الرسمي مستحيلا . فإذا كان الاكتتاب مصحوبا بالدفع في الحال فتوجد هبة يدوية ، ولا حاجة إلي العقد الرسمي . ولكن إذا كان الدفع بعد الاكتتاب فيوجد وعد بالهبة اليدوية، ومثل هذا الوعد باطل.

ومن رأي الشراح أن الأفضل اعتبار مثل هذا التعهد عقدا خاصا أوجده العرف ، فهو ليس بهبة ، ولكن يمكن بواسطته تحقيق تبرع (١) .

وقررت محكمة استئناف نانس في ١٩٢٠/٣/١٧ أنه لا توجد هبة، وإنما يوجد عقد غير مسمي خاضع للقواعد العامة للالتزامات .

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٢٣/٢/٥ الطعن الذي رفع إليها عن هذا الحكم ، مقررة أن الاكتتاب بطبيعته غير خاضع للأوضاع المذكورة بالمادة ٩٣١ . والظاهر أنها تعتبر هبة غير

---

(١) السنهوري ص ٨١.

(٢) محمد كامل مرسى ص ١١٧.

مباشرة . ويجب أن يستنتج مما تقدم أن الاكتتاب غير المصحوب بدفع قيمته يكون ملزما للمكتتب [١] .

٧- التعاقد عن الغير :

ويتم ذلك بأن ينوب شخص عن آخر في عقد معاوضة على أن يقوم الأول بأداء مقابل ما انتقل إلي ذمة الثاني ، فيكون النائب في الحقيقة واهبا ، ويكون الأصيل موهوبا له ، ولكنها هبة غير مباشرة وسيلتها نظرية النيابة في التعاقد ، ومن أهم التطبيقات لهذه الصورة الشراء باسم الغير ، كما إذا اشتري أب لولده الذي في ولايته عقارا معينا وقام هو بدفع الثمن للبائع ، فالولد في هذا المثل تلقي الحق مباشرة من البائع دون أن يقوم بدفع الثمن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « إذا كانت الورقة الصادرة إلي أم من أولادها تتضمن إقرارهم بشراء أمهم من مالها الخاص المنزل محل النزاع الصادر عنه عقد البيع من المالك بأسماء الأولاد في تاريخ لاحق لتلك الورقة، وأن الأم تنازلت عنه بطريق الهبة إلي أولادها هؤلاء الذين تعهدوا بألا يتصرفوا فيه إلا بعد وفاتها كما تعهدوا بأن يعطوها نفقة شهرية مقدارها مائتا قرش ، فاعتبرت المحكمة هذا الإقرار ورقة ضد تكشف عما أخفاه عقد البيع الصادر بعدها من أن الأولاد ليسوا هم المشترين في الحقيقة بل

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١١٧ .

المشتري هي الأم ، وأنها قصدت بإخفاء اسمها أن تختصر الطريق والإجراءات فلا تشتري بعقد ثم تهب بآخر بل يتم الأمران بعقد واحد ، فهذا الذي حصلته المحكمة يسوغه ما ورد في الإقرار . والمحكمة إذ كيفت عقد البيع المذكور بأنه هبة من الأم لأولادها حررت في صورة بيع من البائع إلي الموهوب لهم لم يظهر فيه اسم المشترية الواهبة ، وإذ حكمت ببطلان البيع الذي تصرف به الموهوب لهم في الموهوب وبفسخ الهبة لإخلالهم بالتزامهم بعدم التصرف ، لا تكون قد أخطأت بل هي طبقت أحكام الصورية والهبة غير المباشرة تطبيقا صحيحا ، فلا يصح الطعن علي الحكم من هذه الناحية .

وما يقال من أن شرط عدم التصرف باطل ، أو أن الفسخ لم ينص عليه جزاء لمخالفته ، مردود بأن اشتراط عدم التصرف قد أقت بحياة الواهبة فهو لا ينافي ترتيب حق الملكية لمن وهبت له، ومن ثم صح الشرط ونفذ وجاز لمن وضع لمصلحته أن يطلب فسخ الهبة إذا ما أخل به دون حاجة إلي نص صريح علي حق الفسخ . وأما القول بأن إقرار المشترين سابق علي الشراء والتملك وأنه يخالف عقد البيع في رواية دفع الثمن فلا غناء فيه متي كانت المحكمة قد حصلت فهمها واقع الدعوي من أن الإقرار وعقد الشراء ولو اختلف تاريخهما إنما هما عن واقعة واحدة ، وكذلك القول بأن ورقة الإقرار إذ كان تاريخها ثابت فلا يجوز الاحتجاج بها علي من تصرف له الموهوب لهم بالبيع ، فهو مردود بأن الواهبة قد سجلت صحيفة دعواها بالفسخ قبل أن يسجل المشتري عقد البيع الصادر له وأنها اختصمته في الدعوي » .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/١/٢٠)

٢- « لما كان التكييف الصحيح لتداخل طرف ثالث في عقد بيع العقار ، وقيامه بدفع كامل الثمن من ماله إلي البائع علي سبيل التبرع مقابل أن تنتقل الملكية من الأخير إلي المشتري مباشرة أن هذا التصرف في حقيقته هبة غير مباشرة وأن المال الموهوب ليس هو الثمن بل هو العقار المبيع ذاته ، وكان الثابت من عقد البيع موضوع الدعوي أن مورثة الطاعنين كانت طرفا فيه وقد تضمن هذا العقد أنها هي التي دفعت إلي البائعين كامل الثمن من مالها تبرعا منها للمشترين ، مما مفاده أن المورثة هي المشترية الحقيقية للأطيان المبيعة وقد قصدت بتصرفها أن تختصر الطريق والإجراءات فلا تشتري بعقد ثم تهب بعقد آخر بل يتم الأمران بعقد واحد ، وكان التكييف الصحيح لهذا التصرف أنه هبة غير مباشرة منها لولدها وزوجته وأولادهما وأن المال الموهوب في الحقيقة ليس هو الثمن كما هو وارد بالعقد بل هو الأطيان المبيعة ذاتها ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجري في قضائه علي أن المورثة لم تكن طرفا في العقد واستخلص من عبارات العقد أن المال الموهوب هوالثمن وليس الأطيان المبيعة ، وأن هذا الثمن قد هلك بدفعه من المشترين إلي البائعين ورتب الحكم علي هذا الاستخلاص الفاسد عدم جواز الرجوع في الهبة تطبيقا لنص الفقرة السادسة من المادة ٥٠٢ من القانون المدني وتحجب بذلك عن مواجهة ما أثارته الواهبة من جمود المطعون ضدها الأولي فإنه يكون قد خالف القانون ، وأخطأ في تطبيقه وشابه قصور في التسبيب ».

(طعن ٢٣٤٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

ويدخل في هذه الصورة الإيداع باسم الغير ، كما إذا أودع أب نقودا في أحد المصارف باسم ولده القاصر قاصدا التبرع له بالمبلغ المودع باسمه . ويجب أن تكون نية التبرع ظاهرة .

ولايعتبر مجرد الإيداع باسم الغير دليلا على الهبة ، حتي لو كان للمودع حسابا خاصا باسمه في نفس المصرف لأن نية الهبة لاتفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرده أن يفيدها ، إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح [١] .

(راجع نقض ١٩٤٨/٤/٨ منشور ببند ٧) .

٧- عقود الضمان :

يعتبر هبة غير مباشرة تعهد شخص بضمان دين علي آخر ، من غير الرجوع علي المدين عند الاقتضاء ، كما في الكفالة الشخصية أو العينية أو التعهد بالتضامن . أما إذا احتفظ بحقه في الرجوع علي المدين فإن العقد ، ولو أنه من غير مقابل ، لايعتبر تبرعا [٢] .

٥٥ - ضرورة توافر الشروط الموضوعية للهبة :

لئن كانت الهبات غير المباشرة لاتخضع لشرط العقد الرسمي فإنها تخضع لكل القواعد الموضوعية الخاصة بالهبات . ومن بين هذه القواعد شرط توافق الإرادتين صراحة أو دلالة بين المتبرع والمتبرع له ، وجواز الرجوع في الهبة .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٢٨ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١١٧ .

٥٦- إثبات الهبة غير المباشرة :

تسري علي إثبات الهبة غير المباشرة القواعد العامة في الإثبات . فيجب الإثبات بين المتعاقدين بالكتابة إذا كانت قيمة الموهوب تجاوز خمسمائة جنيه مالم يوجد مانع من الدليل الكتابي .

أما الغير فله إثبات الهبة غير المباشرة بكافة طرق الإثبات القانونية - بما فيها البينة والقوائن - كما إذا أراد دائن الواهب أن يطعن في الهبة غير المباشرة بالدعوي البوليصية .

موضوع رقم (٦)

(السبب في عقد الهبة)

٥٧ – تطبيق القواعد العامة على السبب في عقد الهبة :

الهبة عقد كسائر العقود ، ولذلك يجب أن يتوافر ركن السبب في الهبة .

والسبب في عقد الهبة طبقا للنظرية التقليدية هو نية التبرع ، أما السبب طبقا للمذهب الحديث ، هو الدافع الرئيسي للتبرع . وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغيير البواعث [١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

« يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاء ان المصري والفرنسي في العصر الحاضر فهو بهذه المثابة الباعث المستحث في التصرفات القانونية عامة لا فرق في ذلك بين التبرعات والمعاوضات .

ويفرق التقنين اللبناني بين سبب الالتزام وسبب العقد (المادة ١٩٤) فسبب الالتزام هو الباعث الذي يدفع إليه مباشرة . وهو بهذا الوصف يتمثل في صورة واحدة في ظل ضرب من ضروب الالتزام

---

(١) السنهورى ص ١٣٢ – محمود جمال الدين زكى ص ١٣٥ – أكثم الخولى ص ١٠٨ – محيى الدين علم الدين ص ٣٤.

ويعتبر جزءا من التعاقد نفسه . فهو في العقود الملزمة للجانبين الالتزام المقابل وفي العقود العينية تسلم المعقود عليه وفي التبرعات نية التبرع وفي المعاوضات الملزمة لجانب واحد التزام مدني أو طبيعي كان قائما بين المتعاقدين قبل التعاقد (المادة ١٩٥) أما سبب العقد فهو الباعث الشخصي الذي يدعو المتعاقد إلي إبرامه وهو لايعتبر شيئاً من التعاقد فهو يختلف باختلاف الأحوال في العقد الواحد . بيد أن هذه التفرقة ليست في الواقع إلا إبقاء علي التمييز بين دلالة السبب في الفقه التقليدي وبين دلالته الحديثة كما استخلصها القضاء. ولما كان التصوير التقليدي ضيق الحدود فقد رئي الإعراض عنه »(١) .

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي إذ قضت بأن :

« إذ كان الحكم المطعون فيه قد نهج في تكييف العقد محل التداعي تكييفا صحيحا ولم يخرج في تفسيره عما تحتمله نصوصه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٢٢٧ - أما نية التبرع التى تذهب النظرية التقليدية إلى أنها السبب فى الهبة ، فهى العنصر المعنوى فى الهبة ، ولذلك يختلط سبب الالتزام على هذا التحديد بركن الرضاء فى العقد الذى ينشئه . وتكون نية التبرع موجودة حتما فى كل هبة ، فرضاء الواهب فى الهبة هو إرادته فى أن يلتزم دون مقابل ، وبذلك تكون نية التبرع وصفا يلحق رضاءه ، لا سببا لقيام التزامه (محمود جمال الدين زكى ص ١٣٥ - السنهورى ص ١٣٢ وما بعدها) - وإذ كانت النظرية التقليدية على هذا النحو غير صائبة من الوجهة النظرية ، فإنها تؤدى من الناحية العملية إلى تعطيل ما يفرض من النصوص أن يكون السبب مشروعا . لأن نية التبرع فى ذاتها لا يتصور أن تكون أحيانا غير مشروعة .

فلقد استخلص من عباراته الظاهرة أن تصرف الأب المطعون ضده لابنه الطاعن في حق الانتفاع بالأرض الزراعية التي سلمها إياه كان بغير عوض مما يعتبر من المتصرف تبرعا أي هبة وقد وقعت الهبة باطلة لعدم مشروعية سببها المخالف للنظام العام بانصرافه إلي تعامل في تركة مستقبلة ، وكان من المقرر أن تعيين الورثة وأنصبتهم وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا مما يتعلق بالنظام العام وتحريم التعامل في التركات المستقبلة يأتي نتيجة لهذا الأصل فلايجوز قبل وفاة إنسان الاتفاق علي شئ يمس بحق الإرث ، وإلا كان الاتفاق باطلا ، وكان الحكم قد استدل علي قيام ذلك السبب غير المشروع - وهوالباعث الدافع إلي التبرع - بما ورد في الاتفاق من بيان صريح يفصح عن أن ما تسلمه الإبن الطاعن - أرض زراعية يمثل مقدار نصيبه ميراثا عن أبيه الذي لم يزل علي قيد الحياة ومن اشتراط علي هذا الإبن بعدم المطالبة بميراث أرض أخري من بعد وفاة الأب ، وهو ما يعد استدلالا سائغا له مأخذه الصحيح من واقع ما أثبت بالاتفاق الذي انعقد بين الطرفين ، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون في تفسير الاتفاق وتكييف التصرف الثابت به الذي لحقه البطلان » .

(طعن رقم ٦٢٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١١/٢٩)

والسبب كعنصر في الهبة يتصل بالإرادة أوثق الاتصال ، ولكنه ليس الإرادة ذاتها ولكن الغرض المباشر الذي اتجهت إليه .

وإذا تعددت الدوافع إلي الهبة ، فالعبرة بالدافع الرئيسي منها [١].

---

(١) مجمود جمال الدين زكى ص ١٣٦ .

ويجب أن يكون الباعث مشروعا غير مخالف للنظام العام أو الآداب. فإذا كان الباعث غير مشروع كانت الهبة باطلة بطلانا مطلقا .

ويشترط لبطلان الهبة لعدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب إلي التبرع ، أن يكون الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث ، إذ لا يجوز بداهة أن نعتد بالباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلي التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولا من المتعاقد الآخر ، وإلا استطاع أي متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوي أن الباعث له علي التعاقد، وهو أمر مستكن في خفايا الضمير ، من شأنه أن يجعل العقد باطلا. ويقع عبء إثبات هذا العلم علي عاتق الواهب ، وذلك حرصا علي استقرار المعاملات وتوفير أسباب الثقة المشروعة في التعاقد ، حتي لا يفاجأ الدائن ببطلان عقد كان واثقا من صحته لاعتبار في أمر مقصور علي المدين ومجهول علي الدائن [١] .

وبهذا الرأي قضت محكمة النقض إذ ذهبت إلي أن :

« وإن كان السبب غير المشروع الذي من شأنه أن يبطل العقد وفقا لحكم المادة ١٣٦ من القانون المدني يجب أن يكون معلوما للمتعاقد الآخر فإذا لم يكن علي علم به أو ليس في استطاعته أن يعلمه فلا يعتد بعدم المشروعية ، إلا أنه لما كان الحكم المطعون فيه قد استقي بيان السبب غير المشروع من واقع الاتفاق الذي أبرم بين الطرفين بما انطوي

---

(١) السنهوري في الوسيط الجزء الأول طبعة ١٩٦٤ ص ٤٩٨ وما بعدها ، وفي الجزء الخامس ص ١٣٣ .

عليه من إثبات عبارة ظاهرة تكشف بوضوح في دلالتها علي ما اتفق عليه الطرفان من مساس بحق الإرث التي تتصل قواعده بالنظام العام لما ورد به من نص علي أن الأطيان المسلمة إلي الطاعن هي مقدار نصيبه في ميراث الأرض الزراعية التي سيخلفها الأب المطعون ضده ومن اشتراط علي الإبن الطاعن بعدم المطالبة بحقه في إرث الأرض خلاف ما تسلمه ، لما كان ذلك فإن ما أورده الحكم في هذا الصدد يعد بيانا كافيا لدليل كاشف علي أن السبب غير المشروع كان معلوما من الطرفين متفقا عليه فيما بينهما مما يكون معه النعي علي الحكم المطعون فيه بهذا السبب في غير محله » .

(طعن رقم ٦٢٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١١/٢٩)[١]

---

(١) وهناك رأيان آخران في هذه المسألة هما :

الرأى الأول : يذهب إلى أن الرأى الوارد بالمتن ينطوى على تجاوز للقانون الذى نص فى المادة ١٣٦ على بطلان العقد إذا كان سبب الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب دون أن يكون لعلم أحد المتعاقدين أو جهله به أى تأثير، فضلا عن أن ما أسس عليه الرأى الأول من اعتبارات واهن القيمة في عقد الهبة ، بل وفى سائر التبرعات ، وإن كان له كثير من الوزن فى المعاوضات التى تهم وحدها حركة التداول (محمود جمال الدين زكى ص١٤٠) .

الرأى الثانى : يذهب إلى أنه لا ثمرة عملية للخلاف بين الرأى الأول والرأى الوارد بالمتن فى نطاق الهبة ، إذ هناك اتفاق على أن علم الموهوب له بعدم مشروعية السبب ليس شرطا لازما لإبطال الهبة ، لأن من يستلزمون هذا الشرط بصفة عامة يستثنون من ضرورته عقود التبرع (أكثم الخولى ص١٠٩) .

وقد استقر الفقه والقضاء في تطبيق مشروعية السبب ، علي أنه إذا كان الباعث علي الهبة إيجاد علاقة آثمة أو استبقائها أو تجديدها كانت الهبة باطلة لعدم مشروعية السبب. أما إذا كان الباعث عليها قطع العلاقات المحرمة أو تعويض الخليلة بعد انقطاع المعاشرة ، عما أصابها من ضرر فإن الباعث يكون مشروعا والهبة صحيحة [١] .

٥٨ - تطبيقات للسبب غير المشروع :

١- اقتران الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع :

إذا كانت الهبة مقترنة بشرط مستحيل أو غير مشروع ، وكان الشرط هو السبب الدافع للهبة فإن الهبة تقع باطلة . أما إذا لم يكن الشرط سببا دافعا للهبة فإن الشرط هو الذي يبطل وتصح الهبة [٢] .

والعبرة في عدم مشروعية الشرط بوقت صدور الهبة ، ولو أصبح مشروعا بعد ذلك .

ومثال الهبة المقرنة بشرط مستحيل أن يهب شخص عقارا لآخر بشرط أن ينفق علي شخص ثالث ، رغم أن الأخير قد توفي .

ومثال الهبة المقرنة بشرط غير مشروع ، أن يهب شخص مالا لمطلقته ويشترط عليها عدم الزواج .

---

(١) السنهوري جـ٥ ص ١٣٣ وما بعدها - محمود جمال الدين زكي ص ١٣٧ - استئناف القاهرة ١٣ يونية ١٩٠٩ - الاسكندرية التجارية المختلطة ٨ يونية ١٩١٦ مشار إليها في هامش رقم (١) السنهوري ص ١٣٣ .

(٢) محمد كامل مرسي ص ٥٤ - أكثم الخولي ص ١٠٨ .

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن نصا (المادة ٦٦٩ منه) جاء فيه : « إذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع ، وقعت صحيحة وألغي الشرط ، إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للهبة فتقع الهبة كلها باطلة » ، وقد رأت لجنة مراجعة المشروع حذف النص لأن حكمها ورد في مكان آخر » وقد قصد بهذه العبارة الإشارة إلي المادة ٢٦٦ الخاصة بحكم الشرط (غير الممكن) أو (غير المشروع)(١) .

والفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ المذكورة والواردة في باب الالتزامات تقضي بأن : « ومع ذلك لايقوم الالتزام المدني علي شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام» ولئن كان النص اقتصر علي الشرط الفاسخ فقط ، فلأن الشرط الواقف يمنع في كل الأحوال قيام الهبة سواء كان دافعا إليها أم غير دافع (مادة ٢٦٦/١ مدني) ، وذلك لاختلاطه بالباعث الدافع (١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني أنه :

« يبقي السبب ، والسبب في الهبة هو نية التبرع طبقا للمذهب القديم ، وهو الدافع الرئيسي للتبرع طبقا للمذهب الحديث ، وقد طبق المشروع المذهب الحديث في فروض ثلاثة : (أ) اقتران الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع ، فإن كان الشرط ليس هو الدافع للتبرع ، فإنه يلغي وتصح الهبة (قارن مرشد الحيران م ٢٥٥ فقرة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٢) أكثم الخولى ص ١٠٨ وهامش (٤) – محمود جمال الدين زكى ص ١٣٨ .

ثانية) ، وإن كان هو الدافع بطلت الهبة لعدم مشروعية السبب ، وعلي هذا جري القضاء المصري والفرنسي ، وقنن المشروع ما جري عليه القضاء (م٦٦٩ ... إلخ » [١] .

والنص قاصر علي حكم الشرط بمعناه الاصطلاحي الفني ، ومع ذلك تخضع الهبات المقترنة بالتزام علي الموهوب له لنفس القاعدة إذا كان الالتزام غير مشروع لأن حكم المادة ٢٦٦ ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة في سبب الالتزام وأثر عدم مشروعيته علي التصرف ، وهذا يفترض بطبيعة الحال أن تكون رغبة الواهب في تنفيذ هذا الالتزام هي الباعث الدافع للواهب علي الهبة [٢] .

٢- شرط عدم التصرف في الشئ الموهوب :

تنص المادة ٨٢٣ مدني علي أنه : « (١) إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا علي باعث مشروع ومقصورا علي مدة معقولة . (٢) ويكون الباعث مشروعا متي كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير. (٣) والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدي حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير » .

وتنص المادة ٨٢٤ مدني علي أن :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٦٢ .

(٢) أكثم الخولى ص ١٠٩ وهامش (١).

« إذا كـان شـرط المنع من التـصـرف الوارد في العـقـد أو الوصـيـة صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف يقع باطلا ».

غـير أن المشروع التـمهيدي للتقنين المدني كان يتضـمن نصا يتعلق بشرط منع التصرف في الشئ الموهوب (المادة ٦٧١) وكانت تنص علي أنه : « إذا اشـتـرط الواهب عـدم التصـرف في الشئ الموهوب فـيسري علي الهبـة أحكام المادتين ١١٩١ ، ١١٩٢ » ، إلا أن لجنة المراجـعـة اقترحت حذفها لورود حكمها في مكان آخر [١] ، والمقصود بذلك ورود حكمهـا في المادتين ٨٢٣ ، ٨٢٤ مـدني . وبالتـالي فـإن شـرط عـدم التصرف في الشئ الموهوب يضحي خاضعا للقواعد العامة الواردة في المادتين ٨٢٣ ، ٨٢٤ مدني .

فـيكون شرط عدم التصرف في المال الموهوب صحيحا إذا كان مبنيا علي باعث مشروع ومقصورا علي مدة معقولة .

ويكون البـاعث مـشـروعـا مـتي كـان المراد بالمنع من التـصـرف حـمـاية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير .

والمصلحـة المشروعـة للمتصرف في عقد الهبـة ، تتحقق باحتفاظه لنفسـه بحـق الانتـفـاع بالمـال مـوضـوع التـصـرف طوال مـدة حـيـاته . وبالرغم من أن تصرف مالك الرقبة لايؤثر في حقـوق المنتـفع ، إلا أن المتـصـرف قد يخشي مغبـة الاحتكاك بمالك آخر غـير المتصـرف إليـه ، فـحـرصـا علي أن تظل عـلاقـتـه بهـذا الأخـيـر وحده طول مـدة الانتـفـاع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٦١ وما بعدها .

يشترط الواهب منعه من التصرف حتي نهاية الانتفاع . وهذه الحالة هي الغالبة في أحكام القضاء .

وتتحقق المصلحة للواهب أيضا من المنع من التصرف ليضمن رجوع المال إليه إذا تحقق عذر من الأعذار المقبولة للرجوع في الهبة كجحود الموهوب له ، أو إعسار الواهب أو إنجابه ولدا يظل علي قيد الحياة إلي وقت الرجوع (م ٥٠١) ، ولم يقم مانع من موانع الرجوع في الهبة [١] .

ومن أمثلة حماية المصلحة المشروعة للمتصرف إليه ، أن يكون الموهوب له أراد أن يحمي المتصرف إليه من قلة خبرته أو نزقه أو طيشه فيشترط عليه حظر التصرف في المال الموهوب .

ومن أمثلة المصلحة المشروعة للغير ، أن يكون الواهب قد اشترط علي الموهوب له ترتيب إيراد مرتب لأجنبي طول حياة الأخير . فيكون شرط عدم التصرف في المال الموهوب ضامناً للوفاء بالتزام الموهوب له .

ويجب أن يكون الشرط مبنياً علي باعث مشروع فإذا كان الشرط مبنيا علي باعث غير مشروع ، فإن الغرض منه يكون تعطيل التصرف في الموهوب دون مبرر لذلك . فإذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع إلي التبرع ، فيكون السبب غير مشروع ، ويبطل وتبطل معه الهبة . أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع إلي التبرع ، فإنه يلغو وحده وتبقي الهبة صحيحة [٢] .

---

(١) الدكتور محمد على عرفة شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٣٦٣ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ١٣٨ .

أمـا اذا كـان الشـرط صـحـيـحـا صـحت الهـبـة مـعـه ووجب العـمل بالشـرط. فـإذا خـولف الشـرط كـان التـصـرف باطلا بطلانا مطلقـا لعـدم قابلية المال للتصرف .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

« وإذا توافـر الشـرطان اللذان تقـدم ذكـرهمـا ، فـالشـرط المانـع من التصرف صحيح ، فإن خولف كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف . وقد حسم المشروع بهذا الحكم خلافا قام حول هذه المسـألة ، إذ كـان القضـاء مـتـرددا بين بطلان التـصـرف المخـالف أو فـسخ التنصـرف الأصلي »[١] ويجـوز للمـتـصـرف أن يطلب بطلان التـصرف المخـالف دائمـا ، حتي لو كـان المنع مشـروطا لحـماية المتصـرف إليـه، ولدائني المتصـرف أيضـا حق طلب البطلان إذا كـانت لهم مصلحة في ذلك ، كـمـا إذا كـان المنع مشـروطا لكفالة رجوع المـال إلي الواهب في حالة وفاة الموهوب له قبله .

وكذلك يجوز طلبه من المتصرف إليـه أو الغير إذا أريد بالشرط المانع حماية مصلحة مشروعة لأيهما ، ويطلبه أيضا دائنو كل منهما إذا كانت لهم مصلحة في رفع دعوي البطلان [٢] .

ويلحق البطلان كل تصرف ناقل لملكيـة المال الممنوع التصرف فيـه ، وكل رهن حيـازي أو رسمي ، يرتبه المتصرف إليـه علي هذا المال . ويقع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٧٧ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٧٠ .

باطلا تنازله عن الرهن المقرر لضمان الوفاء بالإيرادالمرتب مدي الحياة لمصلحته ، إذا اشترط منعه من التصرف في هذا الإيراد ، لأن منعه من التصرف في الإيراد يقتضي منعه من التنازل عن التأمينات المقررة لضمان الوفاء به .

ويقع باطلا أيضا كل اختصاص بالمال المنوع التصرف فيه ، إذ أن الاختصاص بمثابة الرهن فيسري عليه حكمه .

ويلاحظ أن بطلان هذه التصرفات المخالفة كلها لا يستتبع الرجوع علي المتصرف بالضمان ، لأن التزام الضمان لاينشأ عن عقد باطل بطلانا مطلقا .

وهذا كله بصرف النظر عن حسن نية المتصرف إليه الثاني ، وعن كون المنع من التصرف واردا علي عقار أو منقول أو إيراد مرتب مدي الحياة [(١)] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

« والذي يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف إذ له دائما مصلحة في ذلك ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمي مصلحة مشروعة لأحد منهما ، وهذه هي القاعدة التي سبق تقرير ها في الاشتراط لمصلحة الغير . والمال الذي يقع التصرف فيه قابل مع ذلك أن يتم تملكه بالتقادم »[(٢)].

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٧١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية حـ٦ ص ٧٧.

وإذا كانت الهبة بعوض ، فالسبب فيها يكون مزدوجا ، إذ من جهة يوجد الدافع للواهب في التبرع ، ومن جهة أخري رغبته في وجوب تنفيذ شرط العوض ، لأنه إذا لم ينفذ يكون له الحق في إبطال التبرع فيوجد في هذه الحالة عقد من عقود التبرع متبادل الالتزام [١] .

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٦ .

موضوع رقم (٧)

(الوعد بالهبة)

٥٩ - النصوص القانونية :

الفقرة الثانية من المادة (١٠١) مدني :

« إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » .

المادة (٤٩٠) مدني :

« الوعد بالهبة لاينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية » .

٦٠ - أهمية الوعد بالهبة :

يجوز الوعد بالهبة كما يجوز الوعد بأي عقد آخر. ويجوز الوعد ولو كانت الهبة بعوض أو مقترنة بتكاليف والتزامات ، كأن يعد شخص آخر بإيهاب عمارة إذا هو دفع له إيرادا مرتبا طول الحياة فيقتصر الموعود له علي أن يقبل هذا الوعد بالإيهاب حتي يتدبر الأمر .

وتظهر أهمية الوعد بالهبة في الحالات التي يكون فيها المال المرادإيهابه غير موجود ، كدار لم يتم بناؤها ، أو أرض مملوكة للغير لم يتم شراؤها خاصة وأن المادة ٤٩٢ مدني- كما رأينا تنص علي أن تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة . فيمكن أن يعد الشخص بهبة المال المستقبل علي أن تتم الهبة عند تحققه .

٦١ - اشتراط الرسمية في الوعد بالهبة :

تنص المادة ٤٩٠ مدني علي أن : « الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية » . ويعتبر هذا النص تطبيقا خاصا للقاعدة الواردة في الفقرة الثانية من المادة ١٠١ التي تقضي بأنه : « إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام العقد » وعلة هذا واضحة ، لأن «إغفال هذا الاحتياط يعين علي الإفلات من قيود الشكل الذي يفرضه القانون ، مادام أن الوعد قد يؤدي إلي تمام التعاقد المراد عقده، فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكفي لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذي يرغب في الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمد إلي عقد اتفاق تمهيدي أو وعد بإتمام هذا العقد ، لايستوفي فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدر حكما يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا عن طريق غير مباشرإلي عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها »[١] .

وعلي ذلك فإنه يشترط في الوعد بالهبة أن يكون بورقة رسمية . أما إذا انصب الوعد بالهبة علي منقول (كما في الاكتتابات العامة) فلا ينعقد إلا بالكتابة ولو عرفية .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

« والوعد بالهبة إذا كان منصبا علي عقار وجب أن يكون بورقة رسمية (م٦٦٤ وم١٥٠ فقرة ثانية من المشروع) ، أما إذا انصب علي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٧٤.

منقول (كما في الاكتتابات العامة) فلا ينعقد إلا بالكتابة ولو عرفية، ويجوز الرجوع في الوعد علي النحو الذي يجوز فيه الرجوع في الهبة »[١] .

٦٢ - أثر تخلف الشكلية في الوعد بالهبة :

رأينا أن المادة ٤٩٠ مدني تنص علي أن الوعد بالهبة لاينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية . وينبني علي ذلك أن الوعد بالهبة الذي لم يستوف هذا الشرط ، بأن كان غير مكتوب أصلا ، أو مكتوبا في ورقة عرفية ، يكون باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركانه [٢] .

ولايجوز إجبار الواعد علي تنفيذ وعده تنفيذا عينيا ، لأن ذلك من ناحية يقتضي تدخلا شخصيا من الواعد لإتمام رسمية الهبة ، وإجباره علي هذا التدخل الشخصي ممتنع [٣] . ومن ناحية أخري فإن الوعد بالهبة باطل ، ولو جاز إجبار الواعد بتنفيذ وعده تنفيذ عينيا لأمكن بطريق ملتو أن يصل الشخص إلي إبرام هبة دون ورقة رسمية إذ يقتصر علي وعد بالهبة غير رسمي يصل به إلي حكم يقوم مقام الهبة [٤] .

ولذلك انتقد البعض [٥] ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه : « .... فإذا صح أن مثل هذا الوعد لايؤدي إلي إتمام التعاقد المقصود

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٢٥ .

(٢) السنهورى جـ٥ ص ٤٠ وما بعدها - الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٤ ص ١٨١ وما بعدها .

(٣) السنهورى ص ٤١ - محمود جمال الدين زكى ص ٩٢ وما بعدها .

(٤) السنهورى ص ٤١ .

(٥) محمود جمال الدين زكى ص ٩٣ .

فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية ، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة **وهو بهذه المثابة قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلي إتمام عقد الرهن** ، أو علي الأقل إلي قيام دعوي بالتعويض ، بل وإلي سقوط أجل القرض الذي يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به »(١) علي أنه يمكن اعتبار الوعد بالهبة بورقة عرفية عقدا غير مسمي تم بإيجاب وقبول ، ورتب التزاما شخصيا في ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عينا ، فلا يبقي إلا التعويض يحكم به علي الواعد ، ذلك أنه إذا لم يحصل الموعود له علي المال الموهوب بسبب عدم تنفيذ الواعد لوعده ، فإنه يصاب عادة بضرر يستحق من أجله التعويض (٢) .

٦٣ - كيفية انعقاد الوعد بالهبة :

الوعد بعقد هو في ذاته عقد ، ويترتب علي ذلك وجوب أن تتوافر فيه الأركان الثلاثة التي تقوم عليها العقود في مجموعها وهي : الرضاء والمحل والسبب ، وأن يكون كل من الطرفين متمتعا بالأهلية اللازمة لإبرامه ، وأن يجئ رضاؤه خاليا من العيوب ، ثم يلزم أن يكون العقد الموعود بإبرامه وهو محل الوعد مشروعا . كما أنه يتحتم في النهاية أن يكون للواعد سبب يدفعه إلي التحمل بالوعد . وأن يكون هذا السبب مشروعاً .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٧٥.

(٢) السنهورى ص ٤١ هامش (١) - محمود جمال الدين زكي ص ٩٢ وما بعدها- عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤١ هامش (١).

ويخضع التراضي في الوعد بالهبة للقواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ١٠١ مدني التي تقضي بأن :

« الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لاينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها » .

فيجب أن يتضمن الوعد بعقد الهبة بجانب الأركان اللازمة في العقود بصفة عامة ، الأركان الخاصة به وهي :

١- أن يتضمن الوعد بالهبة جميع المسائل الجوهرية لعقد الهبة ، وذلك حتي يكون السبيل مهيئا لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له دون حاجة إلي الاتفاق علي أي شئ آخر .

ويقصد بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التي يري العاقدان الاتفاق عليها ، والتي ما كان يتم العقد بدونها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- « يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقا للمادة ١٠١ من القانون المدني أن يتفق الطرفان علي جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه فضلا عن المدة التي يجب إبرامه فيها ، وذلك حتي يكون السبيل مهيئا لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له دون حاجة إلي اتفاق علي شئ آخر ، والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التي يري العاقدان الاتفاق عليها ، والتي ما كان يتم العقد بدونها . وإذ كان يبين من مطالعة الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه لم يفصح

أصلا عن ماهية العقد المراد إبرامه ، ولم يكشف عن حقيقة العلاقة القانونية بين الطرفين أو الأركان المميزة لها ، ولم يعين صراحة أو دلالة المدة التي يجب فيها إبرام العقد النهائي ، وكان لا وجه لما تدعيه الطاعنة من أن الاتفاق ينطوي علي عقد عمل غير محدود المدة مع ما ينص عليه الاتفاق صراحة من أن العلاقة بينها وبين المطعون ضده ينظمها في المستقبل عقد جديد ، فضلا عن أنه لم يتضمن باقي العناصر التي تتحقق بها علاقة العمل وهي توافر التبعية ، وكون الأعمال محل هذه العلاقة أعمالا مادية ، مما مؤداه تخلف الشرطين الواجب توافرهما لانعقاد الوعد بالتعاقد ، فإن النعي علي الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكون علي غير أساس ».

(طعن رقم ١١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/٤/٢١)

٢- « إذا كان الوعد بالإيجار الملزم لجانب واحد هو عقد بمقتضاه يتعهد صاحب العين بأن يؤجرها لآخر إذا رغب في استئجارها ، وكان هذا العقد وفقا للمادة ١٠١ من القانون المدني لكي يعتبر ملزما لمن صدر منه الشرط أن تبين فيه العناصر الجوهرية لعقد الإيجار وأن تحدد فيه المدة التي يجوز فيها إلزام الواعد بإتمام الإيجار خلالها ، وكان الاتفاق علي تحديد هذه المدة لايشترط أن يكون صريحا بل يجوز أن يكون ضمنيا فيحق أن يستخلص من ظروف الاتفاق المدة المعقولة التي يقدرها لنفاذ الوعد بالإيجار ، لما كان ذلك ، وكان الوعد بالإيجار مثار النزاع قد خلا من تقرير المدة التي يجوز فيها إلزام الطاعن الأول بإبرام عقد الإيجار الموعود به للمطعون عليه الأول فإنه لاتثريب علي محكمة الموضوع إن هي قدرت المدة التي اعتبرتها معقولة - تسع سنوات - في

نطاق ما تستقل به من سلطة تقديرية وفق مقصود العاقدين ، وكان هذا التقدير لاينطوي علي مخالفة لأية قاعدة آمرة نصت عليها القوانين الاستثنائية لايجار الأماكن ، فإن النعي - علي تحديد هذه المدة - يكون علي غير أساس ».

(طعنان رقما ٥٦٥ ، ٥٧٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)

ويجب أن يبين في عقد الوعد بالهبة إن كانت الهبة المراد إبرامها مقترنة بعوض أو بتكاليف أو التزامات ، وماهية هذا العوض أو التكاليف أو الالتزامات وكما أوردنا سلفا لايشترط أن يكون محل الهبة مملوكا وقت الوعد للواعد في حالة الوعد بالإيهاب أو للموعود له في حالة الوعد بالاتهاب ، وإنما يشترط أن يكون مملوكا لكل منهما وقت ظهور الرغبة . وإلا لم تنفذ في حق المالك الحقيقي وكانت قابلة للإبطال لمصلحة الموعود له (١) .

٢- يجب أن يتضمن الوعد المدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود به خلالها إذا مالرتضاه الموعود له ، فإن تجرد الوعد عن هذا التحديد وقع باطلا . بيد أنه لايلزم بالضرورة أن يكون تحديد المدة السابقة صريحا بل يكفي أن يستدل عليه ضمنا من ظروف الحال .

كما أنه لا يلزم أن يكون تحديد تلك المدة تحديدا عدديا بالأيام أو الأشهر أو السنين ، وإنما يكفي أن يتضمن الوعد أساس ذلك التحديد طالما كان سليما من شأنه أن يمكن قاضي الموضوع من إجرائه علي نحو سائغ مقبول .

---

(١) السنهوري ص٤٠ .

وإذا اتفق الطرفان علي أن تكون المدة هي المدة المعقولة ، وكانت هناك عناصر تنهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالهبة لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان علي تحديدها تكفل القاضي بذلك [١] .

أما إذا كان الوعد ملزما للجانبين ولم يشتمل علي هذه المدة ، فإنه لا يعتبر وعدا بل يكون في حقيقته عقدا نهائيا يتقيد به الطرفان .

ولا أهمية لكون الطرفين قد استعملا لفظ الوعد في التعبير عن إرادتهما إذ العبرة في العقد ما قصدت إليه الإرادة أيا كان المعني الحرفي للألفاظ ، والواضح من مثل هذا الاتفاق أن إرادة كل من الطرفين قد اتجهت إلي الارتباط بالعقد إذا قبل الطرف الآخر [١] .

٦٤ - آثار الوعد بالهبة :

يتعين التفرقة في آثار الوعد بالهبة بين مرحلتين :

المرحلة الأولي : وهي التي تسبق ظهور رغبة الموعود له في إبرام عقد الهبة .

في هذه المرحلة لا يوجد لدينا سوي عقد الوعد. أما العقد الموعود بإبرامه فليس قائما بها .

---

(١) السنهورى ص٤٠ - الدكتور عبد المنعم الصده مصادر الالتزام ١٩٨٦ ص١٣١ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ١٣١ وما بعدها .

ويترتب علي ذلك أن يظل الواعد مالكا للشئ محل العقد . فإذا تصرف فيه قبل تمام العقد النهائي سري هذا التصرف في حق الموعود له. وهذا مع ملاحظة توافر الشهر بالنسبة إلي العقار.

وفي هذه الحالة لايبقي أمام الموعود له إذا أظهر رغبته في إبرام العقد إلا أن يرجع بالتعويض علي الواعد الذي أخل بوعده.

كما يترتب علي ذلك أيضا أنه إذا هلك الشئ قضاء وقدرا تحمل الواعد تبعة هلاكه ، لأنه ما يزال هو المالك ، ولكن لايسأل عن الضمان نحو الموعود له مادام أن الهلاك قضاء وقدرا .

ويستطيع الموعود له أن يتصرف في حقه الذي كسبه من الوعد قبل الواعد فينقله إلي شخص آخر .

وإذا مات الموعود له انتقل هذا الحق إلي ورثته ، فالوعد بالعقد لا يسقط بالموت [١] .

المرحلة الثانية : وهي التي تأتي بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد .

فإذا أظهر الموعود له رغبته في التعاقد قبل فوات المدة المعينة لذلك فإن العقد النهائي يتم ، ويعتبر تمامه هذا من وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد . وذلك لأن إبداء الرغبة في التعاقد يكون بمثابة قبول الإيجاب يتمثل في الوعد الذي يلتزم به الواعد والذي يشتمل علي جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٣٥ - عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٨٦ .

غير أن ظهور رغبة الموعود له ، يجب أن تكون في ورقة رسمية .

وإذا امتنع الواهب عن تنفيذ التزامه بعد ظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد ، كان للموعود له أن يستصدر حكماً يقوم مقام العقد النهائي وإذا كان المال الموهوب عقارا سجل الحكم فتنتقل الملكية إلي الموهوب له .وعلي هذا نصت المادة ١٠٢ مدني بقولها :

« إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متي حاز قوة الشئ المقضي مقام العقد » .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « متي كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقارا للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن في خلال مدة معينة ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولاتنبيه إذا انقضي الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته في الشراء ، ذلك أن الطاعن لم يلتزم بشئ بل كان له الخيار إن شاء قبل إيجاب المطعون عليه ودفع الثمن خلال الأجل المتفق عليه ، وإن شاء تحلل من الاتفاق ومن أية مسئولية عليه » .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٦)

٢- إذا استخلص الحكم من أوراق الدعوي معني العدول عن التعاقد وكان ما استخلصه من ذلك سائغا فلا معقب عليه . ومن ذلك

استخلاص عدول الموعود بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أطيانا تشمل العين المتعاقد بينهما علي بيعها » .

(طعن رقم ٩٠ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٦/٦)

٣- « « متي كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقارا للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن في خلال مدة معينة ، فإن الحكم لايكون قد أخطأ إذ كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولا تنبيه إذا انقضي الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته في الشراء ، ذلك أن الطاعن لم يلتزم بشئ بل كان له الخيار إن شاء قبل إيجاب المطعون عليه ودفع الثمن خلال الأجل المتفق عليه ، وإن شاء تحلل من الاتفاق دون أية مسئولية عليه » .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٥/٦)

موضـوع رقـم (٨)

(شروط صحة عقد الهبة)

شروط صحة عقد الهبة هي شروط صحة التراضي في عقد الهبة ، وهي كشروط صحة التراضي في أي عقد من العقود ، ترجع إلي الأهلية وإلي عيوب الرضاء ، ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلي .

أولاً : الأهلية في عقد الهبة .

(أ) - أهلية الواهب :

٦٥ - الشخص الذي يجوز له الهبة :

الهبة من التصرفات الضارة ضررا محضا بالواهب، ولذلك يجب أن يكون الواهب كامل الأهلية أي بلغ سن الرشد . وسن الرشد هو إحدي وعشرون سنة ميلادية كاملة . بشرط أن يكون الشخص متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، إذ نصت المادة ٤٤ مدني علي أن :

« ١- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

٢- وسن الرشد هي إحدي وعشرون سنة ميلادية كاملة ».

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ينص في المادة ١٦٥

منه علي أنه : « ١- يجب لصحة الهبة أن يكون الواهب مالكا للمال الموهوب ، وأن يكون أهلا للتبرع .

٢- وتسري علي الهبة في مرض الموت أحكام الوصية ».

وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بما جاء في باب أحكام الوصية (١) .

وللزوجة البالغة الرشيدة أن تهب مالها كله أو بعضه لمن تشاء دون إذن زوجها ، علي خلاف الحال في القانون الفرنسي الذي لايجيز هبة الزوجة إلا بإذن الزوج (٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٥٧ وما بعدها .

(٢) وفى الفقه الإسلامى اختلف الفقهاء فيما إذا كان يجوز للزوجة أن تهب من مالها من غير إذن زوجها فقال الليث: لايجوز لها ذلك مطلقا ، لا فى الثلث ولا فيما دونه إلا فى الشئ التافة . وقال طاوس ومالك إنه يجوز لها أن تعطى مالها بغير إذنه فى الثلث ، لا فيما فوقه فلا يجوز إلا بإذنه.

واستدلوا بحديث « ولايجوز لأمرأة عطية إلا بإذن زوجهـا » . وفى لفظ « لايجوز للمرأة أمر فى مالها إذا ملك زوجها عصمتها » .

وذهب الجمهور إلى أنه يجوز للزوجة مطلقا من غير إذن من الزوج إذا لم تكن سفيهة ، فإن كانت سفيهة لم يجز .

واستدل الجمهور بالأحاديث الكثيرة التى تقضى بأنه يجوز للزوجة التصدق من مال زوجها بغير إذنه ، وإذا جاز لها ذلك فى ماله بغير إذنه فبالأولى الجواز فى مالها . وحملوا حديث « لايجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها » على ما إذا كانت سفيهة غير رشيدة .

وحمل مالك أدلة الجمهور على الشئ اليسير ، وجعل حده الثلث فما دونه (محمد كامل مرسى ص ٦٤ وما بعدها) .

والصبي غير المميز وهو الذي لم يبلغ السابعة من عمره (م٤٥/٢ مدني) غير أهل لأن يهب، فهو لايملك أن يتعاقد أصلا .

وعلي هذا نصت المادة ١١٠ مدني علي أن : « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

والصبي المميز غير أهل للهبة ولو كان مأذونا بالإدارة أو الاتجار .

وعلي هذا نصت المادة ١١١ مدني بقولها :

« إذاكان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متي كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متي كانت ضارة ضررا محضا .... إلخ » .

وعلي ذلك فهبة الصبي غير المميز والصبي المميز علي السواء باطلة، فلا ترد عليها الإجازة ، سواء صدرت الإجازة من الولي أو الوصي أو المحكمة لأن الولاية والوصاية شرعتا لمصلحة الصغير ولا مصلحة له في إجازة الأعمال الضارة.

أما بالنسبة لذي الغفلة والسفيه ، فإذا صدرت منهما الهبة بعد تسجيل قرار الحجر ، فإنه يسري عليها ما يسري علي هبة الصبي المميز من أحكام فتقع الهبة باطلة (م١١٥ مدني).

أما هبة المجنون والمعتوه ، فتقع باطلة إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر ، أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أوالعته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر علي بينة منها (م ١١٤ مدني).

٦٦ - هبة الولي أوالوصي أو القيم :

الولي الطبيعي ، سواء كان أبا أو جدا ، والوصي علي القاصر ، والقيم علي المحجور عليه للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة لايملك هبة مال الصغير أو المحجور عليه ولو بإذن من المحكمة .

غير أنه وردت عدة استثناءات علي هذه القاعدة في المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية علي المال ، هي :

١- ما تنص عليه المادة الخامسة من أنه لا يجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة .

غير أن هذا القيد لايسري علي ما آل إلي القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ولايلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال (م١٣).

٢- ما تنص عليه المادة ٣٨ من أنه لايجوز للوصي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة .

٣- ما تنص عليه المادة ٣٩ من أنه لايجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة .

ثالث عشر : التنازل عن الحقوق والدعاوي وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ويسري ذلك علي القامة والوكلاء عن الغائبين (م٧٨).

٦٧ - البالغ الرشيد المحكوم عليه بعقوبة جناية :

البالغ الرشيد المحكوم عليه بعقوبة جناية يستلزم حتما حرمانه من إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله ويعين فيما لهذه الإدارة تقره المحكمة ، فإذا لم يعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته في غرفة مشورتها بناء علي طلب النيابة العمومية أو ذي مصلحة في ذلك ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذي تعينه بتقديم كفالة ، ويكون القيم الذي تقره المحكمة أو تعينه تابعا لها في جميع ما يتعلق بقوامته (م٢٥/رابعاً) عقوبات ولايجوز للمحكوم عليه أن يتصرف في أمواله إلا بناء علي إذن من المحكمة المدنية المذكورة . وكل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ما تقدم يكون ملغي من ذاته وترد أموال المحكوم عليه إليه بعد انقضاء مدة عقوبته أو الإفراج عنه ويقدم له القيم حسابا عن إدارته (م٢٥/ رابعا/٢) عقوبات . ومن ثم لايجوز للبالغ الرشيد المحكوم عليه بعقوبة جناية التصرف بالهبة إلا بإذن من المحكمة .

٦٨ - البائع الرشيد ذو العاهتين :

إذا كان البالغ الرشيد أصم أبكم أو أعمي أصمْ أو أعمي أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائياً يعاونه في التصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وهي التصرفات التي لايجوز للوصي مباشرتها إلا بإذن من المحكمة ، ويدخل فيها التنازل عن الحقوق والدعاوي وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن

هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية في الأحكام والتنازل عن التأمينات وإضعافها (م ١/٧٠).

ويجوز للمحكمة ذلك أيضا إذا كان يخشي من انفراد الشخص البالغ الرشيد بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد (م٢/٧٠).

ويشترك المساعد القضائي في التصرفات سالفة الذكر . وإذا امتنع عن الاشتراك في تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة فإن رأت أن الامتناع في غير محله أذنت للمحكوم له بمساعدته بالانفراد في إبرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة في إبرامه وفقا للتوجيهات التي تبينها في قرارها.

وإذا كان عدم قيام الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر إلى المحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف (م٣/٧١) .

ويعتبر المساعد القضائى فى حكم النائب فى تطبيق أحكام المواد ١٠٨و ٢٨٢ و٤٧٩ من القانون المدنى (م٧٣) [1] .

---

(١) الدكتور محمد على عرفة شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٣٦٣ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص١٣٨ .

(ب) أهلية الموهوب له :

٦٩- الجنين :

لاتجوز الهبة للجنين ، لأنه يشترط فى الموهوب له أن يكون موجودا حقيقة لا حكما كالجنين فى بطن أمه .

وأهلية الوجوب للجنين مقصورة علي تلقي الحقوق التي لايلزم القبول لثبوتها ، لأن ليس للجنين ولي [١] ي

ولئن كانت المادة ٢٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية علي المال تنص علي أنه يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز ذلك أيضا للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣ ، وتجيز المادة ٢٩ إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار أن تعين المحكمة وصيا ويبقي وصي الحمل المستكن وصيا علي المولود ما لم تعين المحكمة غيره إلا أن ذلك لايفيد جواز الهبة للجنين لأن المادة ٢٨ تخصص - في نهايتها - التبرع للجنين بأنه التبرع بطريق الوصية [١] .

٧٠ - الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه :

إذا كان الصبي غير مميز فإنه لا تكون له أهلية قبول الهبة ، التي يشترط فيها التمييز. ويسري ذلك علي المجنون والمعتوه .

غير أنه يجوز قبول الهبة من الولي أوالوصي علي الصغير غير المميز والقيم علي المجنون والمعتوه .

وإذا كان يشترط لقبول الهبة القبض ، ناب عنه في القبض ،

---

(١) أكثم الخولى ص ١٠٤ .

(٢) أكثم الخولى ص ١٠٣ وما بعدها - السنهورى ص ١٠٢ .

ولايشترط لذلك إذن من المحكمة . وفي هذا نصت المادة ٤٨٧ مدني علي أن :

« ١ - لاتتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه .

٢- فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه ، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشئ الموهوب ».

ولايمنع من قبول الولي أو الوصي أو القيم أو من قبضها أن يكون هو الواهب ، لأنه يتعاقد مع نفسه في هذه الحالة بنص صريح في القانون .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « الأصل أن الصغير يملك المال الذي يهبه إياه وصيه أو مربيه ، أي من هو في حجره وتربيته ، بمجرد الإيجاب ، ولا يحتاج للقبض ، وعليه لو وهب الأب لطفله شيئا في يده أو عند مستودعه أو مستعيره تتم الهبة بمجرد قوله : وهبت ، ولا حاجة للقبول لتمام الهبة ، لأن المال لما كان في قبض الأب ناب مناب قبض الصغير . فإذا اعتبر الحكم بناء علي أسباب مسوغة أن إقرار المورث بأنه مدين بقيمة السند موضوع الدعوي لولديه القاصرين، هو إقرار من جانبه يشمل إيجابا بالهبة من مال في قبضه ، وبه تتم الهبة للقاصرين بغير حاجة إلي قبول وصي يقام عليهما ليتسلم السند - فإنه لا يكون قد أخطأ »[١] .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣)

---

(١) وقد انتقد الدكتور السنهوري (ص١٠٤ هامش١) الحكم فى أنه يتكلم عن القبض فى هبة مستترة تتم دون حاجة إلى قبض أو إلى ورقة رسمية . ولكن الحكم يصيب فى أن الهبة هنا ليست فى حاجة إلى قبول الصغيرين .

٢- « إذ كان الواقع في الدعوي أن العقد استوفي ظاهرياً الأركان القانونية لعقد البيع المنجز من بيع وثمن، وأنه صدر من الطاعن بصفته الشخصية إلي نفسه بصفته ولياً شرعياً علي أولاده المطعون عليهم وقت أن كانوا قصراً ، وكانت المادة ٤٨٧ من القانون المدني تجيز للولي الشرعي أن ينوب عن الموهوب له في قبول الهبة ، ولو كان هو الواهب ، فيكون له أن يتعاقد مع نفسه ، فإن التصرف المعقود باعتباره هبة مستترة في صورة البيع تكون قد توافرت له شرائط الصحة » .

(طعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٤)

٣- النص في المادة الأولي من المرسوم بقانون رقم ١٩٥٢ علي أن « يجب علي الولي أن يقوم بالولاية علي مال القاصر ولا يجوز له أن ينتحي عنها إلا بإذن المحكمة » وفي الفقرة الثانية من المادة٤٨٧ من القانون المدني علي أن « إذا كان الواهب هو ولي الموهوب له ناب عنه في قبول الهبة » يدل علي أن صفة الولي لا تزول عنه إلا بإذن من المحكمة ومن تاريخ صدور هذا الإذن ، فإذا كان هو الواهب فإنه يعتبر قابلا للهبة بمجرد التعبير عن إرادته بها » .

(طعن رقم ١٥٧٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤)

غير أنه لايجوز قبول الولي أو الوصي الهبة إلا بإذن من المحكمة في الحالات الآتية :

١- إذا كانت الهبة محملة بالتزامات معينة إذ نصت المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ علي أنه :

« لايجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة » .

كما نصت المادة ٣٩ علي أنه لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة .

....

(تاسعا) : قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها ».

ويراعي أنه إذا تبرع شخص للقاصر بمال فإنه يجوز أن يشترط المتبرع عدم دخول هذا المال في الولاية . وفي هذه الحالة يجب علي المحكمة أن تقيم وصيا خاصا تحدد مهمته ، كما يجوز للمتبرع نفسه أن يقيم وصيا مختارا .

فقد نصت المادة الثالثة علي أنه : « لايدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك » .

وتنص المادة ٣١ علي أن : « تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته وذلك في الأحوال الآتية :

(د) - إذا آل إلي القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولي الولي إدارة المال .... إلخ » .

وتنص المادة ٢٨ علي أن : « يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز أيضا للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣ .

ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق علي توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية في أي وقت أن يعدلا عن اختيارهما . وتعرض الوصاية علي المحكمة لتثبيتها » .

والأصل أن الأب لايحاسب علي تصرفاته ، ولكنه استثناء يحاسب عن ريع المال الذي وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة (م٢٥).

وهذه الأحكام قد فرضها القانون لمصلحة الصغير .

٧١ - الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة :

ذكرنا أن الهبة من التصرفات النافعة نفعا محضا ومن ثم يجوز للصبي المميز والسفيه وذي الغفلة قبول الهبة وقبضها . ويصح ذلك دون إذن الولي أو الوصي أو القيم . ويستطيع الولي أو الوصي أن يهبا للصغير وينوبان عنه في قبول الهبة وقبض الشئ الموهوب وعلي هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٨٧ مدني بقولها : « فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشئ الموهوب » ويشجع القانون علي زيادة مال الصغير بالهبة فيجيز للولي أن يقبل الهبة للصغير نيابة عنه ، إلا إذا كانت محملة بالتزامات معينة حيث يجب الحصول علي إذن المحكمة (م١٢ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

وكذلك الحال بالنسبة للوصي إذا كانت الهبة مقترنة بشرط (مادة ٣٩ تاسعا).

ويلاحظ هنا اختلاف في صياغة النصين من ناحيتين . فالمادة ١٢

الخاصة بالولي تستلزم إذن المحكمة لقبول هذا النوع من الهبات بينما تنص المادة ٣٩ تاسعا الخاصة بالوصي علي ضرورة حصوله علي إذن المحكمة لقبول هذه الهبات ورفضها ويفهم من ذلك أن الولي يستطيع رفض هذه الهبات دون إذن المحكمة بخلاف الوصي . وبينما تنص المادة ١٢ علي الهبات « المحملة بالتزامات معينة » تتكلم المادة ٣٩ تاسعا عن « الهبات المقترنة بشرط » إلا أن موضوع النصين واحد وهوالهبات المقترنة بالتزام علي الموهوب له والتي تسمي كذلك بالهبات المقترنة بتكليف والتكليف هو التزام علي عاتق الموهوب له [١] .

٧٢ – الزوجة الصغيرة :

الهبة الصادرة للزوجة الصغيرة ، يجوز لزوجها أن يقبضها نيابة عنها إذا كانت قد زفت إليه ولوكان أبوها حاضرا ، وكذا لأبيها حق القبض لما له من الولاية عليها ، وكذا لها أن تقبضها إذا كانت مميزة .

(م٥١٣ ، ٥١٤ من قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا)[١] .

٧٣ – قبول الأشخاص المعنوية للهبات :

يسري في شأن قبول الأشخاص المعنوية الخاصة أو العامة الهبة ، النصوص الخاصة بهذه الأشخاص المعنوية .

---

(١) أكثم الخولى ص ١٠٤ هامش (١).

(٢) السنهورى ص ١٠٥ هامش (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « البين من الأوراق أن الطاعنين قد تمسكوا في دفاعهم أمام محكمة الموضوع ببطلان عقد الهبة لأن جمعية ..... ليست لها الشخصية الاعتبارية إعمالا لنص المادتين ٥٢ . ٥٣ من القانون المدني ولم يتم شهر نظامها وفقا لأحكام القانون رقم .... بشأن الجمعيات والمؤسسات ومن ثم لا يكون لها وجود قانوني وبالتالي لا يكون لها أو للمطعون ضدها التي تمثلها - أهلية قبول الهبة وإذا التفت الحكم المطعون فيه عن دفاع الطاعنين ولم يتناوله في أسبابه لتقول المحكمة كلمتها فيه رغم أنه دفاع جوهري قد يتغير به - إن صح- وجه الرأي في الدعوي فإنه يكون مشوبا بالقصور » .

(طعن رقم ١٢٦٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٩)[1]

ثانيا : عيوب الرضا في عقد الهبة

٧٤ - تطبيق حكم القواعد العامة :

عيوب الرضاء في عقد الهبة هي عيوب الرضاء في أي عقد آخر . فتسري علي هذه العيوب الأحكام العامة الواردة في القانون المدني . وهذه العيوب في القانون المدني هي :

الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال ونحيل في تفصيل ذلك إلي مؤلفات نظرية العقد .

---

(١) منشور بمؤلف المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد التقنين المدنى - الجزء الثالث ص ١٠٨ و ما بعدها .

موضـــوع رقــم (٩)

(التزامات الواهب)

٧٥ - تعداد :

تنحصر التزامات الواهب في عقد الهبة - كالشأن في الالتزامات التي تنشأ في ذمة البائع في أربعة التزامات هي :

١- نقل ملكية الموهوب إلي الواهب .

٢- تسليم الموهوب إلي الموهوب له .

٣- ضمان التعرض والاستحقاق .

٤- ضمان العيوب الخفية .

ونعرض لهذه الالتزامات بالتفصيل فيما يلي .

الالتزام الأول

(نقل ملكية الموهوب إلي الواهب)

٧٦ - مضمون الالتزام :

لم يذكر في التقنين المدني الجديد نقل ملكية الموهوب بين آثار الهبة علي خلاف القانون القديم الذي نص عليه صراحة في المادة ٤٨/ ٧٠ ، ولعله اكتفي بذلك بالتعريف الذي وضعه لها في المادة ١/٤٨٦ علي عمومه ، مع أنه الأثر الرئيسي لعقد الهبة .

وقد كانت المادة ٦٧٣ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تقضي بأن : « يلتزم الواهب بنقل ملكية الشئ الموهوب للموهوب له » ، ثم حذفت في لجنة المراجعة » لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة(١) .

وقد كان الأولي إبقاءه حتي يستند نقل الحق العيني إلي نصوص القانون ، سيما وقد أغفله المشرع في التعريف علي نقيض ما فعله في عقد البيع ، ومع ذلك لن تثير هذه الثغرة أي إشكال ، لأن الأثر مستفاد من معني الهبة لغة (٢) .

وعلي ذلك يترتب علي الهبة انتقال الشئ الموهوب من ملكية الواهب إلي ملكية الموهوب له . ولذلك يلتزم الواهب بنقل ملكية الشئ

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٤٢ .

الموهوب إلي ذمة الموهوب له وباتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لإتمام نقل ملكية الشئ حسب طبيعته وتطبق هنا القواعد العامة في نقل الملكية بالعقد .

وقد نصت المادة ٢٠٤ مدني علي أن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

كما نصت المادة ٩٣٢ علي أن : « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متي ورد علي محل مملوك للمتصرف طبقا للمادة ٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية :

مادة ٩٣٣ : « المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لاتنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقا للمادة ٢٠٥ » .

مادة ٩٣٤ - « (١) في المواد العقارية لاتنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخري سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أو كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري .

(٢) ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » .

وتنص المادة ٢٠٥ مدني علي أنه : « إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني علي شئ لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشئ».

ويلتزم الواهب بأن يقوم بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية ، كتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل والكشف عن أي عمل يعوق نقل الملكية فلا يجوز للواهب أن يتصرف بعد الهبة في الشئ الموهوب إلا إذا جاز الرجوع في الهبة .

ويتضمن الالتزام بنقل ملكية الموهوب الالتزام بالمحافظة عليه والالتزام بتسليمه إلي الموهوب له (م٢٠٦ مدني). ويترتب علي نقل الملكية إلي الموهوب له أن يكون لهذا الأخير حق التصرف في الموهوب حتي قبل قبضه . ويستوي في ذلك العقار والمنقول (إذا لم تكن الهبة يدوية في المنقول) ، وأن يكون له ثمر الموهوب و نماؤه من وقت تمام الهبة .

وتنتقل الملكية لا في حق المتعاقدين وحدهما ، بل أيضا في حق الورثة والدائنين ، إلا أن الهبة إذا كانت قد صدرت من الواهب المعسر إضرارا بدائنيه ، فإن هؤلاء لهم الحق في الطعن في الهبة بالدعوي البوليصية ولو لم يكن الموهوب له عالما بإعسار المدين ، فتصبح الهبة غير نافذة في حقهم ، ويستطيعون أن ينفذوا علي الشئ الموهوب بحقوقهم وفقا للقواعد المقررة في الدعوي البوليصية [١] .

وكان المشروع التمهيدي يتضمن نصا في هذا المعني هو المادة ٦٧٢ من هذا المشروع وكانت تقضي بأن : « لا تجوز هبة الأموال أو وقفها إضرارا بالدائنين » ، إلا أن هذا النص حذف في لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة [٢] .

---

(١) السنهوري ص ١٤١ وما بعدها .

(٢) محموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٦٢ الهامش .

٧٧ – نقل الملكية في هبة المنقول :

إذا كان الموهوب منقولا معينا بالذات مملوكا للواهب ، فإن الملكية تنتقل إلي الموهوب له فورا بمجرد تمام الهبة وقبل القبض . ومعني ذلك انتقال ملكيته إلي الموهوب له بمجرد انعقاد الهبة . سواء كانت الهبة قد وقعت في ورقة رسمية أو كانت هبة مستترة ، أوكانت هبة يدوية فتتم الهبة وتنتقل الملكية في الوقت ذاته إلي الموهوب له بالقبض .

وتنتقل ملكية الهبة سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير .

أما إذا وردت الهبة علي شئ غير معين بالذات وإنما كان معينا بنوعه كهبة كمية محددة من الفول أو القمح أو الأرز .... الخ ، وكانت الهبة يدوية كما يقع ذلك عادة تمت بالقبض وتنتقل الملكية بمجرد تمام الهبة .

أما إذا وقعت الهبة في ورقة رسمية فتنتقل الملكية بالإفراز ولو قبل القبض عملا بالمادة ٢٠٥ سالفة الذكر .

٧٨ – نقل الملكية في هبة العقار :

رأينا أن المادة ١/٩٣٤ مدني تنص علي أنه في المواد العقارية لاتنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخري سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أوكان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري .

وعلي ذلك إذا كان الموهوب عقارا ، وسواء كانت الهبة بورقة رسمية أو كانت غير مستترة فإن ملكية العقار لاتنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل .

غير أن الهبة غير المسجلة ترتب التزاما بنقل ملكية الموهوب ، ويجوز للموهوب له رفع دعوي صحة التعاقد .

كما ترتب جميع الالتزامات الأخري التي ينشئها عقد الهبة في جانب كل من الواهب والموهوب له ، كتسليم العقار إلي الموهوب له وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية[١] .

(الالتزام الثاني)

(تسليم الشئ الموهوب إلي الموهوب له)

٧٩ - النص القانوني :

المادة (٤٩٣) مدني :

إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشئ الموهوب ، فإن الواهب يلتزم بتسليمه ، وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بالتسليم .

٨٠ - مضمون الالتزام بتسليم الشئ الموهوب إلي الموهوب له :

تسليم الشئ الموهوب والمحافظة عليه حتي التسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية .

وقد قدمنا أن التسليم في الهبة اليدوية ركن في العقد . أما في غيرها فهو التزام ناشئ عنه فقد نصت المادة ٢٠٦ مدني علي أن : «الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتي التسليم ».

---

(١) السنهوري ص١٤٦ .

ولذلك نصت المادة ٤٩٣ مدني علي أنه إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشئ الموهوب ، فإن الواهب يلتزم بتسليمه .

وإذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه ، فإنه يهلك علي الموهوب له، ولايلزم الواهب بدفع قيمته إلي هذا الأخير ، إلا إذا كان الهلاك ناشئا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم عملا بالمادة ٤٩٦ مدني التي تنص علي أن لايكون الواهب مسئولا إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم.

وتنص المادة ٤٩٣ في عجزها علي أنه : وتسري في ذلك (التسليم) الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع [1] .

وعلي ذلك تسري أحكام تسليم المبيع علي تسليم الشئ الموهوب فيما يختص بما يجب تسليمه وطريقة التسليم وزمانه ومكانه .

ويجوز للموهوب له ولورثته طلب التسليم . وهذا الحق مخول أيضا لدائني الموهوب له وللمحول إليه منه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« الهبة متي كانت موصوفة بعقد آخر فإن الملكية تنتقل بها بمجرد الإيجاب والقبول . ويكون للموهوب له أن يطلب تسلم الموهوب بناء علي ماله من حق الملك فيه إذا كان لم يسلم إليه من قبل . والهبة إذا كان مشروطا فيها تأجيل التسليم فإن ذلك لايبطلها ولاتأثير له في صحة انعقادها » .

(طعن رقم ٥ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٥/٢٣)

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٤٤ .

٨١ - ما يجب تسليمه :

يلتزم الواهب بأن يسلم الموهوب له نفس الموهوب بالحالة التي كان عليها وقت الهبة (م٤٣١ مدني الواردة في البيع) ، وليس للموهوب له أن يطالب بشئ غير الموهوب [١] .

وإذا تغيرت حالة الموهوب ، لم يكن الواهب مسئولا إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم وفقا للمادة ٤٩٦ مدني (الواردة في البيع).

ويجوز للواهب أن يشترط في الهبة تسليم الموهوب في الحالة التي يكون عليها وقت التسليم أو في أية حالة أخري ، ذلك أن الالتزام بتسليم الموهوب في الحالة التي كان عليهاوقت صدور الهبة ليس من النظام العام [٢] .

ويلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالمقدار الذي عين في العقد ، فإذا نقص عن هذا المقدار ، لم يكن الواهب مسئولا في هذا النقص إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم (م٤٩٦ مدني الواردة في البيع) . وإذا زاد علي هذا المقدار ، وكان قابلا للتبعيض ، فالزيادة للواهب ، لأنها لم تدخل في الهبة والموهوب لا يضره التبعيض. أما إذا كان الموهوب غير قابل للتبعيض ، فالظاهر أن قدر الموهوب في هذه الحالة يعتبر وصفا لا أصلا ، ولا مقابل للوصف ، فتكون الزيادة للموهوب له دون مقابل[٣] .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٤١ .

(٢) السنهورى ص ١٤٩ وما بعدها .

(٣) السنهورى ص ١٥٠ .

وتتقادم الدعاوي الخاصة بمقدار الموهوب طبقا للقواعد العامة في مدة التـقـادم ، لأن التـقـادم بمدة السنة من وقت التسلم الفعلي المنصوص عليـهـا في المادة ٤٣٤ مـدني (الواردة في البـيع) استـثنا ء فـلا يجـوز التوسع فيه أو القياس عليه .

ويشمل التسليم ملحقات الشئ الموهوب، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ ، وذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين . فقد نصت المادة ٤٣٢ (الواردة في البيع) علي أن : « يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الأشيا ء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

فالأصل أن ملحقات الشئ الموهوب تعين حسب قصد المتعاقدين ، فإذا لم يوجد اتفاق بينهما علي ذلك ، عينت الملحقات حسب طبيعة الشئ أو وفقا لعرف الجهة . ويعتبر من الملحقات كل ما أعد بصفة دائما لاستعمال الشئ ، والحقوق المترتبة لخدمته كحقوق الارتفاق الإيجابية والحقوق والدعاوي المتعلقة به كحق ضمان العيوب الخفية ودعوي ضمان الاستحقاق .

غير أن الهبة لاتشمل الملحقات التي نص في العقد علي استبعادها منها [١] .

ومن ملحقات الشئ الموهوب ، الأوراق والمستندات المتعلقة به ،

---

(١) سليمان مرقس فى عقد البيع ص ٣٥٣.

كمستندات الملكية وعقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسري علي الشئ الموهوب وصورة من المستندات التي يستبقيها الواهب لتضمنها حقوقا أخري غير حقوق الموهوب له .

وإذا كان الموهوب أرضا زراعية ، دخل في الملحقات الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام والمواشي والآلات الزراعية مما يعد عقارا بالتخصيص والمخازن وزرائب المواشئ وبيوت الفلاحين والزراعات غير الناضجة (١) .

وقد نصت المادة ٢/٤٥٨ (الواردة في البيع) علي أن للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

وعلي ذلك يلتزم الواهب بأن يسلم الموهوب له ثمار البيع التي ينتجها من وقت العقد ، وإذا كان الواهب قد استهلكها من غير حق وجبت قيمتها (٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « تنص المادة٢/٤٥٨ من القانون المدني علي أن « للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » ، مفاد ذلك أن المشتري يملك ثمر المبيع من وقت انعقاد البيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير

---

(١) السنهوري ص ١٥٨ وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١٤٢ - محمود جمال الدين زكى ص ١٤٤ .

مؤجل يستوي في ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت إلي المشتري أو تراخي انتقالها إلي وقت لاحق » .

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠)

٢- « مؤدي نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدني ، أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلي المشتري من تاريخ إبرام البيع ، فيمتلك المشتري الثمرات والثمار في المنقول والعقار علي السواء ، مادام البيع شيئا معينا بالذات من وقت تمام العقد ، وذلك مالم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، يستوي في بيع العقار أن يكون البيع مسجلا أو غيرمسجل ، لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلي المشتري ، ولو لم يسجل العقد » .

(طعن رقم ١٣٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٣/١/٣)

٣- « مؤدي نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدني- وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلي المشتري من تاريخ إبرام البيع فيمتلك المشتري الثمرات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف يستوي في بيع العقار أن يكون مسجلا أو غير مسجل . لما كان ذلك فإنه يكون لمورث المطعون ضدهم الثمانية الأول الحق في تملك ثمرات العقار المذكور منذ تاريخ شرائه له حتي تاريخ انتقال ملكيته إلي الطاعنين ولا يكون للآخرين طلب إلزامهم بدفع الريع عن تلك الفترة ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه صائبا إذا التزم هذا النظر » .

(طعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/٢/١)

٨٢ - طريقة التسليم :

تنص المادة ٤٣٥ مدني (الواردة في البيع) علي أن : « ١- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم علي النحو الذي يتفق مع طبيعة الشئ المبيع .

٢- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أوكان البائع قد استبقي المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » .

فقد أوضحت المادة أن التسليم يكون بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل التسليم علي النحو الذي يتفق مع طبيعة الشئ الموهوب . وهذا هو التسليم الفعلي (١) .

ويتضح من هذا النص أن تنفيذ التزام الواهب بالتسليم لايقتضي أن يتسلم الموهوب له الشئ الموهوب فعلا بأن تنتقل إليه حيازته ، وبمعني آخر لايقتضي أن يعقبه تسلم (٢) . وإذ كان التقادم لايبدأ إلا من

---

(١) السنهوري ص ١٥١ .

(٢) ويطلق البعض على التسليم الذى لم يعقبه تسلم فى بعض الأحيان تسلما قانونيا ، تمييزا له عن التسليم الفعلى الذى يعقبه التسلم (الدكتور منصور مصطفى منصور مذكرات في القانون المدني العقود المسماة - البيع والمقايضة والإيجار ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ص ١٣٦ .

تاريخ الحيازة ، فإن مدة التقادم لاتبدأ إلا إذا أعقب التسليم تسلم ، ومن تاريخ هذا التسلم [١] .

وبذلك يتم التسليم بتوافر عنصرين .

العنصر الأول :

هوّوضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، فإذا كان الشئ الموهوب وحدة سكنية يسكنها الواهب ، وجب عليه أن يخليها ويخرج ماله من أثاث وأمتعة منها .

وإن كانت أرضا زراعية وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ماله من مواشي وآلات ونحو ذلك ثم يأتي بعد ذلك تمكين الموهوب له من الاستيلاء علي الموهوب . أما إذا وجد عائق يحول بين الموهوب له وحيازة الموهوب والانتفاع به ، فإن البائع لايكون قد نفذ التزامه بالتسليم ، سواء كان العائق راجعا إلي فعل الواهب نفسه ، كما لو استمر في سكني الوحدة السكنية أو استمر في زراعة الأرض الموهوبة ، أو كان العائق راجعا إلي فعل الغير بحق (تعرض قانوني) أو بغير حق (تعرض مادى) فلا يكون الواهب قد نفذ التزامه إذا وجد من يضع يده علي الموهوب غصبا أو مدعيا حقا إلا أن يكون الحق الذي يدعيه شاغل العين نافذا في حق المشتري كحق المستأجر الذي يثبت تاريخ إيجاره قبل البيع وكثيرا ما يكون مجرد إخلاء العقار منطويا في الوقت ذاته علي تمكين الموهوب له من الاستيلاء علي الموهوب. ولكن قد يقتضي

---

(١) السنهورى ص ٨٩ وهامش (٣) .

الأمر أن يسلم الواهب الموهوب له مفاتيح الدار حتي يمكن من دخولها أو مستندات ملكية الموهوب حتي يتمكن من التصرف فيه ، أو عقود الإيجار الواقعة علي العين ليتمكن الموهوب له من التعامل مع مستأجريها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « مفاد نص المادة ٤٣٥ من القانون المدني أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع إعلام المشتري أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلي بل افترض تمام التسليم متي توافر عنصراه ولو لم يستول المشتري علي المبيع استيلاء ماديا . فيكفي لتمام التسليم مجرد تغيير النية سواء باتفاق أو بتصرف قانوني مجرد كأن يظل البائع حائزا المبيع بإعتباره مستأجرا ويعتبر التسليم في هذه الحالة حكميا أو معنويا . لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد استخلص سائغا من الأدلة المطروحة عليه أن مورث المطعون عليهم ومن بعده ورثته يضعون اليد بصفتهم مستأجرين للأطيان التي اشتراها الطاعن وهو ما كان مطروحا علي المحكمة مما يوجب أن تقول كلمتها فيه وإذ قضي بإجابة الطاعن إلي تسليمه الأطيان المباعة علي أن يكون التسليم حكميا فإنه يكون وافق صحيح القانون » .

(طعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/١/٢٠)

٢- « المقرر في قضاء محكمة النقض أن مناط التزام البائع بتسليم العين المبيعة تسليما فعليا إلي المشتري أن يكون البائع هو حائزها

الفعلي بوصفه مالكا لها أو أن يتفق المتبايعان علي هذا التسليم الفعلي في عقد البيع أو في اتفاق لاحق عليه ».

(طعن رقم ٩٣٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٩)

العنصر الثاني :

هو إعلام الواهب الموهوب له بأن الموهوب قد وضع تحت تصرفه ولا يكفي مجرد علم الموهوب له بأن الموهوب قد أصبح تحت تصرفه بل يجب أن يكون علمه بذلك ناتجا عن إخطار البائع له . وهذا القول واضح من عبارة النص ومن الأعمال التحضيرية فقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٤٣٥ مدني يقول « مادام (المشتري) يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه » . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة « مادام البائع قد أعلمه بذلك » ، وقصد بهذا التعديل ضبط الحكم»(١) .

ولايلزم لهذا الإعلان شكل خاص ، فهو يتم بكافة الطرق ، ولايلزم فيه إعلان رسمي . فإذا توافر العنصران فإن الواهب يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ولو لم يكن الموهوب له قد استولي علي الموهوب استيلاء ماديا ، أي بحيازة الموهوب له .

فالتسليم مهما كانت طبيعة الموهوب تتم بالأمرين السابقين. ولكن طرق التسليم أو كيفية وضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له تختلف باختلاف نوع الشئ المراد تسلمه . وقد اكتفي المشرع في بيان طريقة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٧٠.

وضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له بقوله في المادة ٤٣٥ مدني بأن يحصل التسليم « علي النحو الذي يتفق مع طبيعة الشئ المبيع »[١].

ويعتبر أيضا من قبيل التسليم القانوني في هذا المعني إعذار الموهوب تسلم الموهوب ، فقد نصت المادة ٤٣٧ مدني (الواردة في البيع) علي أنه : « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » .

وإعذار الموهوب له يكون بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، كما يجوز أن يكون مترتبا علي وجود اتفاق في عقد البيع يقضي بأن يكون المشتري معذرا بمجرد حلول الأجل المعين للتسليم دون حاجة إلي إجراء آخر (م٢١٩ مدني)[٢] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« متي كانت محكمة الموضوع إذ عرضت في أسباب الحكم لبحث مدي قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع بدأت ببحث التزام البائع بالتسليم وانتهت إلي أنه عرض علي المشتري المبيع عرضا حقيقيا ونفت عنه شبهة التقصير في الوفاء بهذا الالتزام ثم عرضت لالتزام المشتري بدفع الثمن فسجلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الالتزام المقابل علي

---

(١) الدكتور خميس خضر العقود المدنية الكبيرة الطبعة الثانية ١٩٨٤ ص١٦٧ ومابعدها .

(٢) سليمان مرقس فى عقد البيع ص ٣٤٠.

الرغم من عرض المبيع عليه عرضا حقيقيا ، فإنه يكون غير منتج النعي علي الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين في وقت واحد ويكون غير صحيح القول بأن محكمة الموضوع رتبت علي تقصير المشتري في الوفاء بالتزامه إعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل » .

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٣/١٣)

أما تسليم المنقول فيكون عادة بالتسليم المادي أي المناولة . ولكن التسليم في المنقول قد يتم بطريقة رمزية كتسليم مستندات الإيداع إذا كان المنقول في أحد المخازن العمومية أو بتسليم الموهوب له مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أي مكان آخر يحتوي علي هذا المنقول ، طالما أن المنقول لايكون في يده .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلا في اليد ، وليست بذاتها دليلا قاطعا علي حيازة ما هو في الخزانة . وكون الشئ حاصلا فعلا في حوزة من يدعي حيازته أو غير حاصل فيهاهو من الواقع الذي يحصله قاضي الموضوع في كل دعوي مما يتوافر فيها من دلائل . وإذ كان القانون قد نص في باب البيع علي أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها ، فإن هذا النص لايعني أن كل من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولا بد حائزا فعلا لمحتوياتها ، لأن حمل المفتاح لايلزم عنه حتما أن حامله مسلط علي الخزانة مستأثر بالتصرف في فراغها ، ومن ثم كانت العبرة في كل دعوي بظروفها الواقعية ، فحيث تدل هذه الظروف

علي أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطا فعلا علي ما فيها جاز اعتباره جائزا وإلا فلا. وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأي في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولايخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض » .

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/١/٣٠)

غير أن التسليم الرمزي أضعف في قوته من التسليم الفعلي. فقد نصت المادة ٩٥٤ مدني (الواردة في الحيازة) علي أن :
« ١- تسليم السندات المعطاه من البضائع المعهود بها إلي أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها .

٢- « علي أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة».

وقد يكون التسليم حكميا ، وهو ما تطلق عليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تعبير التسليم المعنوي. ويكون التسليم الحكمي بمجرد تراضي المتعاقدين وذلك بالاتفاق علي تغيير صفة الحيازة . فقد نصت المادة ٢/٤٣٥ مدني علي أن : « ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أوكان البائع قد استبقي المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » .

فالتسليم الحكمي له صورتان :

الصورة الأولي :

أن يكون الموهوب في حيازة الموهوب له قبل الهبة بإجارة أو إعارة أو وديعة أو رهن أو نحو ذلك ، ثم تقع الهبة فيكون الموهوب له حائزا فعلا للموهوب وقت صدور الهبة ، ولا يحتاج إلي استيلاء مادي جديد ليتم التسليم وإنما يحتاج إلي اتفاق مع الواهب علي أن يبقي الموهوب في حيازته كمالك له عن طريق الهبة وليس بالصفة السابقة .

الصورة الثانية :

أن يبقي الموهوب في حيازة الواهب بعد الهبة ، ولكن لا كمالك فقد خرج من ملكيته بعقد الهبة بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهنا حيازيا أو غير ذلك أي بعقد جديد يبرم بين الطرفين .

وهذا النص ليس إلا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة في باب الحيازة حيث تنص المادة ٩٥٣ مدني علي أنه : « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعا يده ، ولكن لحساب نفسه » .

٨٣ – زمان ومكان التسليم :

تنص المادة ٤٦٣ مدني الواردة في البيع علي أن : « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب علي المشتري أن

يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن ».

فالأصل أن يتم التسليم فورا بمجرد انعقاد الهبة ، إلا إذا اتفق الطرفان علي زمن معين للتسليم . أو جري العرف علي حصول التسليم في وقت معين أو اقتضت طبيعة الموهوب شيئا من الوقت لتسليمه ، كما إذا كان الموهوب شيئا غير معين إلا بنوعه وكان المفهوم أن الواهب سيحصل علي المقادير الموهوبة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك للموهوب له فإن طبيعة الموهوب تقتضي أن يتأخر التسليم وقتا معقولا لايتيسر فيه للواهب الحصول علي المقادير الموهوبة من السوق . أو إذا أمهل القاضي الواهب في تسليم الموهوب إلي وقت معين لوجود أسباب تبرر هذا الإمهال .

وقد قضت محكمة النقض - بصدد عقد البيع- بأن :

١- (أ)- « إن التزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع ، بل هو أهم التزامات البائع التي تترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه » .

(ب) - « إن المادة ٢٧٧ من القانون المدني تنص علي أن يكون تسليم المبيع في الوقت الذي عين لذلك في العقد وإلا ففي وقت البيع مع مراعاة المواعيد التي جري العرف عليها ».

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/٣)

٢- « تحديد اليوم الذي يعتبر فيه البائع متخلفا عن التوريد وبالتالي ملزما بالتعويض إنما يكون باستظهار نية المتعاقدين وما تستخلصه محكمة الموضوع من أوراق الدعوي وظروفها » .

(طعن رقم ٢٥٧ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/١٢)

٣- « المقرر وفقا لنص المادة ٤٣١ من القانون المدني وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة أن الالتزام بالتسليم من الالتزامات الأصلية التي تقع علي عاتق البائع ولو لم ينص عليه في العقد وهو واجب النفاذ بمجرد تمام البيع ولو كان الثمن مؤجلا مالم يتفق الطرفان علي غير ذلك » .

(طعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١)

أما مكان التسليم ، فالأصل أن البائع يلتزم بتسليم الموهوب إلي الموهوب له في المكان الذي يحددانه لذلك .

فإذا وجد الموهوب في الوقت الذي يجب فيه التسليم في مكان آخر غير المكان المتفق علي أن يتم التسليم فيه ، وجب علي الواهب أن ينقل الموهوب إلي المكان المتفق عليه .

أما إذا لم يتفق المعاقدان علي المكان الذي يتم فيه التسليم فإنه يجب طبقا للقواعد العامة التفرقة بين حالتين .

الحالة الأولى :

إذا كان الموهوب شيئا معينا بذاته ، فإنه يجب تسليمه في المكان

الذي وجد فيه وقت العقد أو ذكر في العقد أنه موجود فيه فإن كان مكان وجوده غير معين فإن تسليمه يكون في موطن الواهب أو في مركزأعماله إذا كانت الهبة متعلقة بهذه الأعمال فقد نصت الفقرة الأولي من المادة ٣٤٧ مدني علي أن : « إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك » .

الحالة الثانية :

إذا كان المبيع غير محدد بذاته بل بنوعه ، أو حقا من الحقوق الأخري، فإن التسليم يكون في موطن الواهب أو في مركز أعماله إذا كانت الهبة متعلقة بهذه الأعمال .

وفي هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٧ مدني علي أن : « أما في الالتزامات الأخري فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال » .

أما إذا اتفق علي أن يتولي الواهب تصدير الموهوب إلي الموهوب له ، افترض القانون بنص المادة ٤٣٦ أن المقصود بذلك أن يكون التسليم في موطن الموهوب له ، ولايتم التسليم إلا إذا وصل الموهوب إلي الموهوب له في محله ، مالم يتبين أن الطرفين قصدا غير ذلك .

٨٤ – جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

تنص المادة ٢٠٣ مدني علي أن: « ١- يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ علي تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متي كان ذلك ممكنا ». فإذا أخل الواهب بالتزامه بالتسليم كان للموهوب له طلب التنفيذ العيني متي كان ممكنا ، وللموهوب له أن يطالب بتعويضات إذا كان عدم تنفيذ الالتزام مبنيا علي تقصير من الواهب . ويجوز له رفع دعوي فسخ عقد الهبة إذا كانت له مصلحة في ذلك كما إذا كانت الهبة بعوض وأراد عدم الوفاء بدفع العوض .

غير أنه يحول دون ما تقدم أن يكون للواهب حق الرجوع في الهبة واستعمل حقه في الرجوع.

٨٥ – نفقات الهبة بما فيها نفقات التسليم :

لم ينص القانون علي التزام الموهوب له بأداء نفقات الهبة ، والتي يدخل فيها نفقات التسليم .

وكانت المادة ٦٧٨ من المشروع التمهيدي تنص علي أن :

« نفقات الهبة علي الموهوب له ، يدخل في ذلك مصروفات العقد ورسوم « الدمغة » والتسجيل ، وما يصرف في تسلم الشئ الموهوب وتسلمه ونقله ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف »- وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي[١] تفسيرا لها : « تحدد هذه النصوص التزامات

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٧٩ .

الموهوب له ، والأصل أن هذا لايلتزم بشئ ، لأن الهبة تبرع له ، إلا أن المشروع قد فرض أن المتعاقدين قد أرادا أن يتحمل الموهوب له نفقات عقد الهبة من كتابة ورسوم دمغة ورسوم تسجيل وغير ذلك » ومصروفات ورسوم التسلم علي نحو ما يلتزم به المشتري ، بل ومصروفات التسليم أيضا (وهي التي يلتزم بها البائع لا المشتري) تفسيرا للهبة في أضيق حدودها ، ولكن هذا لا يمنع المتعاقدين من الاتفاق علي أحكام أخري ، كأن يتحمل الواهب مصروفات التسليم بل ومصروفات العقد والتسلم » . إلا أنه في لجنة المراجعة بمجلس النواب اقترح حذفها لأنها مستفاده من القواعد العامة، فوافقت اللجنة علي ذلك [(١)] .

غير أن القواعد العامة تقضي بالحكم العكسي لأن نفقات الوفاء تقع علي المدين (مادة ٣٤٨) وهو هنا الواهب . ولا مفر من تطبيق هذه القاعدة فيما يتعلق بمصاريف التسليم [(١)] .

ولكن هذا الحكم لايتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق علي خلافه.

ويصح أن يكون هذا الاتفاق صراحة أو ضمنا ويسهل استخلاص هذا الاتفاق ضمنا من ظروف الهبة .

أما فيما يتعلق بمصاريف نفقات عقد الهبة من مصروفات العقد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٧١ الهامش .

(٢) أكثم الخولى ص ١٦٠ .

وأتعاب المحامي رسوم الدمغة والتسجيل ومصروفات تسلم العين الموهوبة فإنها تقع علي عاتق الموهوب له ، وذلك تفسيرا للهبة في أضيق حدودها فلا يجمع الواهب بين التجرد من ماله دون مقابل وبين تحمل هذه المصروفات [١] .

والغالب عملا أن تتجه إرادة الطرفين إلي إلقاء نفقات الهبة جميعا علي عاتق الموهوب له بما في ذلك مصاريف التسليم[٢] .

(١) السنهوري ص ١٧٦ - كمال حمدي ص ١٧١ .

(٢) أكثم الخولي ص ١٦٠ .

(الالتزام الثالث)

(ضمان التعرض والاستحقاق)

٨٦- النص القانوني :

المادة (٤٩٤) مدني :

« ١- لايضمن الواهب استحقاق الشئ الموهوب ، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفي الحالة الأولي يقدر القاضي للموهوب له تعويضا عادلا عما أصابه من الضرر . وفي الحالة الثانية لايضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض. كل هذا ما لم يتفق علي غيره .

٢- وإذا استحق الشئ الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي » .

٨٧ - عدم ضمان الواهب استحقاق الشئ الموهوب :

الأصل الذي نصت عليه المادة ٤٩٤ مدني أن الواهب لايضمن استحقاق الشئ الموهوب ولايلزم بالتعويض عن عدم انتقاله إلي الموهوب له نتيجة هذا الاستحقاق .

وقد قصد من هذا الحكم التخفيف علي الواهب وهو الذي ينزل عن ماله دون مقابل (١) .

ولايكون للموهوب له الذي يحصل التعرض له أن ينزع منه الشئ الموهوب إلا أن يستعمل بصفته خلفا للواهب ، الدعاوي التي للواهب قبل من تلقي حقه منهم كما سنري .

---

(١) أكثم الخولى ص ١٥٥ .

استثناءان من عدم ضمان الواهب

استحقاق الشئ الموهوب

٨٨ - الاستثناء الأول :

حالة تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق :

استثنت الفقرة الأولي من المادة من عدم ضمان الواهب استحقاق الشئ الموهوب ، حالة تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق .

ذلك أن مقتضيات العدالة حدودها حسن النية ، بل إن مجاوزة هذه الحدود يتنافي مع غرض السياسة القانونية . فمن ارتكب غشا عليه تحمل نتائجه ، وإلا كان التيسير علي الواهب سببا لاضطراب المعاملات، وتشجيعا للإضرار بالغير ، ولذلك ألزم الواهب بضمان الاستحقاق إذا تعمد إخفاء سببه (١) .

ولا يكفي في ذلك أن يقرر الواهب للموهوب له أنه يملك الموهوب ، بل يجب أن يتعمد إخفاء سبب الاستحقاق ، كأن يخفي مستندا يثبت حق الغير في الموهوب ، أو يطمس علامات ظاهرة لحق ارتفاق علي العقار الموهوب . ومسئولية الواهب إنما تكون عن الغش الذي ارتكبه ، فهو مسئول عن الضرر الذي أصاب الموهوب له بسبب هذا الغش .

والتعويض الذي نصت عليه المادة المذكورة هو التعويض العادل لما أصاب الموهوب له من ضرر ، والذي يقدره القاضي بحسب الظروف.

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٤٦ .

والذي يعوضه بوجه خاص عما تحمل من خسارة بسبب الاستحقاق . فلم يشأ الشارع أن يعامل الواهب طبقا للقواعد العامة بحيث يكون مسئولا عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع بناء علي تعمده إخفاء سبب الاستحقاق ، مراعيا في ذلك أن الواهب هو بالرغم من ذلك متبرع [١] .

وكان المشروع التمهيدي يترك هذه الحالة للقواعد العامة . وكان من مقتضي هذه القواعد أن يكون الواهب مسئولا عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع ، لأنه تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . ولذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « ومسئولية الواهب إنما تكون عن الغش الذي ارتكبه ، فهو مسئول عن الضرر الذي أصاب الموهوب له بسبب هذا الغش ، سواء كان متوقعا أو غير متوقع » [٢] . إلاأنه في لجنة المراجعة تعدل الحكم في هذه الحالة بجعله قاصرا علي التعويض العادل حتي لاتسري أحكام استحقاق المبيع كلها فوافقت اللجنة علي ذلك » [٣] .

وواضح أن القانون لم يوجب الضمان علي الواهب إلا في حالة ثبوت غش من جانبه بأن تعمد إخفاء سبب الاستحقاق فحدد مسئوليته في

---

(١) السنهوري ص ١٦٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٧٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٦٧ .

نطاق الخطأ العمدي ، بينما قرر في المادة ٤٩٦ قاعدة عامة مقتضاها « لايكون الواهب مسئولا إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم » ، وبذلك يكون تحديد مسئوليته في نطاق ضمان الموهوب عن الفعل العمد وحده استثناء من هذه القاعدة الخاصة بالهبة ، ومن ذلك المبدأ العام الذي أخذ به التقنين في مختلف المواضع في التسوية بين الغش والخطأ الجسيم (م٢/٢١١ ، ٢/٢١٧، ٢/٢٢١، ٢٢٥ مدني).

ويري البعض أن هذا لايمنع - من الناحية العملية - من اعتبار جسامة الخطأ قرينة قضائية علي طابعه العمدي - هذا فضلا عن أن الخطأ العمدي هنا ليس معناه تعمد الإضرار بالموهوب له بل يكفي لقيامه علم الواهب بقيام سبب الاستحقاق أو بوجود العيب وتعمده إخفاء السبب أو العيب ولو لم يكن ذلك بقصد الإضرار بالموهوب له[1].

٨٩ - الاستثناء الثاني :

إذا كانت الهبة بعوض :

يستثني من قاعدة عدم ضمان الواهب استحقاق الشئ الموهوب ، الحالة التي تكون فيها الهبة بعوض .

ويشمل هذا الاستثناء حالة ما إذا كان الواهب قد فرض علي الموهوب له التزامات أو شروطا في مقابل الهبة .

---

(١) أكثم الخولى ص ١٥٩ هامش (١).

وفي هذه الحالة يكون الواهب ضامنا للاستحقاق ولوكان يجهل سببه، ولكنه لا يكون مسئولا إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض. أما إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق فإنه يكون مسئولا عن كل الضرر الذي أصاب الموهوب له ، ولو جاوز العوض علي النحو الذي أوضحناه في الاستثناء الأول [١] .

ومعني ذلك أن الواهب يضمن الاستحقاق إذا أدي إلي إنقاص قيمة الموهوب عن قيمة العوض الذي أداه الموهوب له ، وبقدر هذا النقصان ، أي أن الواهب يضمن خسارة الموهوب له نتيجة للاستحقاق . وليس في هذا الحكم خروجا علي مبدأ عدم ضمان الواهب للحق الموهوب ولا مخالفة لكون الهبة بعوض تخضع خضوعا تاما لأحكام الهبة فالواهب يضمن خسارة الموهوب له بسبب الاستحقاق لا لأن الهبة بعوض تعتبر معاوضة في حدود العوض وهبة في الباقي بل لأن الطرفين إن جاز أن يتصورا ألا تحقق الهبة غنما للموهوب له فإنهما لم يتوقعا ولم تنصرف إرادتهما مطلقا إلي أن تكون الهبة مصدر خسارة للموهوب له[١].

وفي غير هاتين الحالتين ، أي حتي ولو لم يخف الواهب سبب الاستحقاق ولم تكن الهبة بعوض ، يعوض الواهب الموهوب له ما تحمله من خسارة كمصروفات دعوي الاستحقاق ومصروفات عقد

---

(١) محمد كامل مرسى ص١٤٥ .

الهبة، إذا ثبت علي الواهب الفعل العمد أو الخطأ الجسيم أي إذا كان يعلم أن الشئ الموهوب غير مملوك له أو كان عدم علمه بذلك يرجع إلي خطأ جسيم في جانبه وذلك تطبيقا للمادة ٤٩٦ مدني لاتطبيقا لقواعد ضمان الاستحقاق (١) .

٩٠ - حلول الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي :

بعد أن نصت المادة ٤٩٤ مدني في فقرتها الأولي علي حالتي ضمان الواهب استحقاق الشئ الموهوب أردفت في فقرتها الثانية أنه : «وإذا استحق الشئ الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي» .

وقد وردت عبارة «وإذا استحق الشئ الموهوب» عامة ، وبالتالي فإنها تشمل كافة الحالات التي يستحق فيها الشئ الموهوب ، أي سواء في الحالتين السابقتين أو في غيرهما . فيحل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي ، ذلك أنه لئن كان الواهب لايضمن ذات الموهوب فلا أقل من أن تنتقل حقوق ودعاوي الواهب بسبب الاستحقاق أو العيب إلي الموهوب له . وهذا تفسير دقيق لإرادة الواهب الذي قصد

---

(١) السنهورى ص١٦١ هامش (١) - محمود جمال الدين زكى ص ١٤٨ ومابعدها - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص ١٤٥ فيذهب إلى أنه : «وينبنى على كون الواهب ليس ملزما بالضمان إلا فى الحالتين المشار إليهما أن الموهوب له لا يكون له أن يطالبه بدفع رسوم الدعاوى .

أن ينقل إلي الموهوب له حقوقه علي الشئ الموهوب بحالتها وقت الهبة ، كما أن هذا الحكم هو مقتضي انتقال الملكية إلي الموهوب له بالهبة .

وقد نصت المادة ٢/٤٩٤ مدني علي هذا الحكم في ضمان الاستحقاق وتضرب المذكرة الإيضاحية مثلا لذلك أن يكون الواهب قد باع الموهوب قبل الهبة ولم يقبض ثمنه فإن الموهوب له يحل محل الواهب في حق قبضه [١] .

ويشمل النص حقوق الواهب قبل سلفه الذي تلقي عنه الحق ، كأن يكون قد اكتسب الشئ بالشراء فيكون البائع له ضامنا لاستحقاق الشئ.

ومع أن النص السابق قاصر علي ضمان الاستحقاق فإن حكمه يسري علي حالة العيب لأنه ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة ونتيجة لانتقال الحق إلي الموهوب له .

وعلي ذلك تنتقل دعاوي الواهب بسبب العيب إلي الموهوب له [١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٧٣ – أكثم الخولى ص ١٥٧ .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٤٦ – أكثم الخولى ص ١٥٧ .

٩١- هل يضمن الواهب التعرض الصادر منه ؟

اقتصـــر نص المادة ٤٩٤ مدنى على تنظيم ضمان الواهب لاستحقاق الموهـــوب ، وتحديد مسئـــوليته الناشئة عن هذا الضمان ، ولكنه أغفل ضمان التعرض إغفالا تاما بينما نص عليه فى عقد البيع وألزم به البائع.

ولذا يرى الفقه أنه لا مناص من تطبيق الأحكام العامة فى العقود، فوق الاستعانة بالنصوص الخاصة بعقد الهبة [1].

والتعرض قد يكون من الغير ، وقد يكون من نفس الواهب . وتعرض الغـــير قـــد يكون لسبب سابق علي عقد الهبة وقد يكون لسبب لاحق لإبـــرامه . وفى كلـــتا الحالتين يجب على الواهب إذا أخطر بالدعوى أن يتدخل فيها إلى جانب الموهوب له .

أمـــا التعرض الحاصل من نفس الواهب ، سواء كان تعرضا ماديا أو قانونـــيا فغير جائز لأن ذلك نقض للعقد أو تعديل له . فإذا كان الواهب غير مالك للعقار الموهوب ، ثم اشتراه بعد الهبة أو تملكه بالتقادم لا يجوز لـــه اســـترداده من الموهوب له . ويعتبر تعرضا من الواهب تعرض أجنبي لسبب لاحق على عقد الهبة كما إذا باع الواهب العقار الموهوب بعد الهبة وســـجل المشترى عقده – قبل تسجيل الموهوب له ، فإنه يكون ضامنا لهذا الأخير وعليه له التعويض كاملاً [2] .

---

(١) السنهورى ص ١٥٨- محمود جمال الدين زكى ص١٤٧ .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ٤٨ .

(الالتزام الرابع)

(ضمان العيب)

٩٢- النص القانونى :

المادة (٤٩٥) مدنى :

" ١- لا يضمن الواهب خلو الشئ الموهوب من العيب.

٢- على أنه إذا تعمد الواهب إخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشئ الموهوب من العيوب ، كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يسببه العيب . ويكون كذلك ملزما بالتعويض إذا كانت الهبة بعوض ، على ألا يجاوز التعويض فى هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا التعويض " .

٩٣- القاعدة العامة عدم ضمان الواهب خلو الشئ الموهوب من العيب :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٤٩٥ مدنى تنص على أن : " لا يضمن الواهب خلو الشئ الموهوب من العيب " .

فالقاعدة العامة أو الأصل أن الواهب لا يضمن خلو الشئ الموهوب من العيب ، وذلك لذات الحكمة من عدم ضمان الواهب استحقاق الشئ الموهوب ، وهى التخفيف على الواهب باعتباره متبرعا فى الهبة ، وتفسيرا لقصده نقل الشئ الموهوب بحالته. غير أن الفقرة الثانية من المادة أتت بثلاثة استثناءات على هذه القاعدة العامة، جعلت فيها الواهب ضامنا خلو الشئ الموهوب من العيب .

وهى :

١- أن يتعمد الواهب إخفاء العيب .

٢- أن يضمن الواهب خلو الشئ من العيوب .

٣- أن تكون الهبة بعوض .

ونعرض لهذه الحالات بالتفصيل فيما يلى .

٩٤- الحالات التي يلزم فيها الواهب بضمان خلو الشئ الموهوب من العيب :

١ـ أن يتعمد الواهب إخفاء العيب :

يشترط أن يتعمد الواهب إخفاء العيب ، فلا يكفى أن يكون الواهب عالما بالعيب بل يجب أن يتعمد إخفاءه . فإذا كان عالما بالعيب ولكنه لم يتعمد إخفاءه ، لم يجب عليه الضمان .

ويجب فى العيب الذى يضمنه الواهب أن يكون قديما مؤثرا خفيا لا علم للموهوب له به [1] .

٢- أن يضمن الواهب خلو الشئ الموهوب من العيب .

وهذا الضمان يكون باتفاق بين الواهب والموهوب له . ويسرى هذا الضمان ولو كان الواهب لا يعلم بالعيب، وسواء كانت الهبة بعوض أو بغير عوض .

ولا يصل ضمان العيوب الخفية في الهبة إلى مستوى هذا الضمان في عقد البيع مراعاة لكون الهبة من عقود التبرع لا المعاوضة فالتعويض المستحق فى هاتين الحالتين ، هو تعويض الموهوب له عن الضرر الذى لحقه بسبب العيب ، وليس عن العيب ذاته أى لا يعوض الموهوب له عن نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب [2].

---

(١) محى الدين علم الدين ص ٤٤ .

(٢) السنهورى ص ١٦٥ - محمد كامل مرسى ص ٢٤٧- محمود جمال الدين زكى ص ١٥١ وما بعدها .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان الموهوب منزلا آيلا للسقوط ، فسقط على أسرة الموهوب له آتيا عليها ، أو حيوانا مريضا سرت منه العدوى إلى ماشية هذا الأخير فنعقت عن آخرها ، كان الواهب مسئولا، عن الأضرار التى لحقت الموهوب له بسبب العيب . ولكنه لا يسأل عن العيب ذاته .

وتفصح عن ذلك الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ذلك أن الصيغة الأولى للمادة ٤٩٥ /٢ كانت تقضى بمسئولية الواهب " إذا تعمد إخفاء العيب " عن الضرر الذى يلحق الموهوب له " بسبب العيب " فاستبدل بهذه العبارة الأخيرة ما هو مذكور فى النص حتى لا يكون العيب نفسه محلا للتعويض ، بل يكون التعويض عن الضرر الذى يسببه العيب [١].

فقد جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب أنه: " كان النص الأصلى لهذه الفقرة ما يأتى : "على أنه إذا تعمد الواهب إخفاء العيب أو ضمن خلو الشئ الموهوب من العيوب كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يلحقه بسبب العيب" فاستبدلت اللجنة بعبارة " الذى يلحقه بسبب العيب " عبارة " الذى يسببه العيب " حتى لا يكون العيب نفسه محلا للتعويض بل يكون التعويض عن الضرر الذى يسببه العيب ".

٣- إذا كانت الهبة بعوض أو فى مقابل التزامات وشروط فرضت على الموهوب له .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٤٩ .

ولا يشترط فى هذه الحالة أن يتعمد الواهب إخفاء العيب أو يضمن خلو الموهوب من العيوب .

والواهب يضمن هنـــا الأضرار التي لحقت بالموهوب لـــه بسبب العيب وكذلك نقص قيمة العين الموهوبة.

وهـــو يضمن فى هـــذه الحـــالة بما لا يجـــاوز ما أداه المـــوهوب له من العـــوض أو المقـــابل المشترط على الموهوب له .

أمـــا إذا تعمـــد إخفاء العيب أو ضمن خلو الموهوب من العيوب فإنه يضمن كل الضرر حتى لو جاوز العوض أو المقابل [١] .

ويلاحـــظ أن المادة ٤٥٢ مدنى المتعلقة بتقادم دعوى ضمان العيب الخفى في عقد البيع بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع خاصة بعقد البيع وحده ، فلا تسرى على دعوى ضمان العيب الخفى فى عقد الهبة [٢].

٩٥ – تعديل أحكام الضمان :

يجوز للواهب والموهوب لـــه تعديل أحكام الضمان المنصوص عليها بالمـــادتين ٤٩٤ ، ٤٩٥ مـــدنى ، وذلـــك بإنقاص مسئولية الواهب أو بتشديدها . فهذه الأحكام لا تتعلق بالنظام العام .

ولكن لا يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان ولا على إنقاصه فى حالة تعمد الواهب إخفاء العيب [٣].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٤٧ – السنهورى ص ١٦٦ .

(٢) السنهورى ص ١٦٦ ض ٢ .

(٣) السنهورى ص ٧٦١ .

فقد جـــاء بمذكـــرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد أنه :

" ويجوز الاتفـــاق على إسقاط الضمان وتخفيضه أو تشديد ، ولكن لا يجـــوز للواهب أن يشتـــرط إسقاط الضمـــان الذى يترتب على سوء نيته " [١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٤ ص ٢٧٣ .

موضـوع رقـم (١٠)

(التزامات الموهوب له)

الأصل أن الموهوب له لا يلتزم بشئ فى عقد الهبة ، لأن الهبة من عقود التبرع ، ومن ثم يكون عقد الهبة ملزما لجانب واحد هو الواهب . وفى هذه الحالة يفترض فى كثير من الأحوال أن المتعاقدين قد أرادا أن يتحمل الموهوب له نفقات عقد الهبة ونفقات التسلم على نحو ما يلتزم به المشترى.

وإذا كانت الهبة يعوض أو بمقابل من التزامات أو شروط تفرض على الموهوب له ، فإن الموهوب له فى هذه الحالة يلتزم بأداء هذا العوض أو المقابل ومن ثم تكون التزامات الموهوب له المحتملة التزامين :

١- الالتزام بأداء العوض أو المقابل .

٢- الالتزام بنفقات الهبة .

ونعرض لهذين الالتزامين فيما يلى :

(الالتزام الأول)
(الالتزام بأداء العوض أو المقابل)

٩٦ – النصوص القانونية :

المادة (٤٩٧) مدنى :

" يلـــتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبى أم للمصلحة العامة ".

المادة (٤٩٨) مدنى :

" إذا تبين أن الشئ الموهوب أقل فى القيمة من العوض المشترط ، فلا يكـــون الموهوب له ملزما بأن يؤدى من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشئ الموهوب " .

٩٧ – العوض المشترط فى الهبة :

راجع بنود (٧٢ وما بعده) .

٩٨ – المطالبة بالعوض :

رأينا أن المادة ٤٩٧ مـــدنى تنص على أن يلتزم الموهوب له بأداء ما اشـــترط علـــيه من عوض سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبى أم للمصلحة العامة .

وبذلـــك يكـــون للواهـــب الحق في اقتضاء العوض إذا هو قام بتنفيذ الالـــتزامات التى يفرضها عليه عقد الهبة. سواء كان هذا العوض مشترطا لمصلحته أو لمصلحة أجنبى أو للمصلحة العامة.

وكذلك في الهبة المقيدة ،يلتزم الموهوب له بتنفيذ القيد سواء كان في مصلحته ،أم في مصلحة نفس الواهب ، أم في مصلحة شخص ثالث . فالقيد كالعوض التزام ترتب بمقتضى العقد في ذمة الموهوب له ، وبالتالي تكون الهبة مثقلة بعبء مهما كان محله ، وأيا كان الشخص المستفيد منه [(١)] .

وينتقل حق المطالبة من الواهب إلي ورثته .

ويجوز للأجنبي الذي اشترط العوض لمصلحته أن يطالب بأداء العوض ، وفقا للأحكام العامة في الاشتراط لمصلحة الغير لأنه هو المستفيد وله حق مباشر .

وإذا كان العوض مشترطا للمصلحة العامة جاز للواهب المطالبة بالعوض طوال حياته ، وجاز لمن يمثل هذه المصلحة المطالبة به . فإذا مات الواهب انتقل هذا الحق إلي ورثته .

وكانت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٩ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني تقصر حق المصلحة العامة في المطالبة بالتنفيذ على ما بعد وفاة الواهب .

وقد بررت المذكرة الإيضاحية للمشروع هذا الحكم بأن الواهب يمثل المصلحة العامة طول حياته وهو الذي ينوب عنها في التنفيذ فإن مات كان للسلطة المختصة أن تطالب بالتنفيذ وقد حذفت هذه الفقرة لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة [(٢)].

---

(١) محمود جمال الدين زكي ص ١٥١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٧٥ وما بعدها .

ويرى البعض – بحق – أن قصر حق المصلحة العامة فى التنفيذ على ما بعـــد وفاة الواهب مخالف للقواعد العامة فى الاشتراط لمصلحة الغير فـــلا محـــل للأخذ بحكم هذا النص الملغى ويكون للمصلحة العامة طلب التنفيذ مطلقا [١].

جزاء عدم تنفيذ الالتزام بأداء العوض :

٩٩– التنفيذ العينى :

تنص المادة ١٥٧ مدنى على أنه : " إذا لم يوف أحد المتعاقدين التزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض " .

وعلى ذلك إذا قام الواهب بتنفيذ التزامه من نقل ملكية وتسليم ، كان لمـــن له الحق فى المطالبة بالعوض – بالتفصيل الوارد بالبند السابق – أن يطلب من الموهوب له أن ينفذ التزامه من الوفاء بالعوض أو الشروط المتفق علـــيها، فـــإذا امتـــنع الموهوب له جازت مطالبته بالتنفيذ العينى وإجبار الموهوب على أداء العوض عينا إذا كان ذلك ممكنا ، فإذا لم يكن التنفيذ العينى ممكنا ، وجب على الموهوب له التعويض طبقا للقواعد العامة[٢] .

---

(١) أكثم الخولى ص ١٦٢ .

(٢) وكـــان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص فى المادة ٦٨٠ منه على أنه :

" ١- إذا اشترط الواهب العوض لمصلحته ، وامتنع الموهوب له عن أدائه دون عـــذر مقبول ، للواهب ، أو لورثته من بعده أن يسترد الشئ الموهوب ، وفقا لأحكام الإثراء دون سبب ، وبالقدر الذى كان ينبغى أن يستخدم الشئ لأداء العوض .

=

١٠٠ - (ب) - الفسخ :

لم يضع القانون نصوصا خاصة بفسخ عقد الهبة بسبب عدم تنفيذ الالتزام الذى يقترن به ، ولذلك يجب تطبيق القواعد العامة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين المنصوص عليها فى المادة ١٥٧ مدنى - سالفة الذكر - سواء فيما يتعلق بشروط الفسخ أو آثار الفسخ .

فبالنسبة لشروط الفسخ تطبق القواعد العامة فى درجة الإخلال بالالتزام المبرر للفسخ فلا يجاب طلب الواهب الفسخ " إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته " ، غير أنه يلاحظ أن تقدير أهمية الإخلال لا يمكن أن تقتصر هنا على مقارنة موضوعية بحتة بل يجب أن يقف القاضى أساسا عند درجة أهمية الإخلال فى نظر الواهب نفسه . وإذا كان البحث الموضوعى يسوغ فى حالة البيع مثلا لعدم تغير ما يقصده الطرفان عادة فى كل البيوع (سبب فنى) فإن الاقتصار على هذا البحث الموضوعى فى الهبة غير مقبول لأن أهمية الالتزام المقترن بالهبة تختلف من واهب إلى آخر . وتقدير أهمية كل عنصر من عناصر التزام الموهوب له أمر شخصى بحت يجب أن يفتش عنه القاضى فى إرادة الواهب

= ٢- ويكون الرد بدفع هذا المقابل نقدا ، حتى ولو لم ترد الهبة على نقود . على أنه يجوز للموهوب له أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة، إذ هو رد الموهوب ذاته فى الحالة التى يكون عليها وقت الرد " .

وفى لجنة المراجعة اقترح معالى السنهورى باشا حذفها اكتفاء بالقواعد العامة فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٧٥).

لا فى مألوف التعامل (سبب مصلحى) . ويربط القضاء الفرنسى ربطا تاما بين الفسخ وأهمية الالتزام فى نظر الواهب [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفـــاد المادتين ٤٨٦ ، ٤٩٧ من القانون المدنى أنه يجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له استخدام المال الموهوب فى أغراض معينة فإذا أخل بهــذا الالـــتزام جـــاز للواهب – تطبيقا للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانـــبين – المطالبة بفسخ العقد لأن الهبة بعوض – وأيا كان المقابل – عقد ملزم للجانبين " .

(طعن رقم ٩٧٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/٦/١٩)

وبالنســـبة لآثـــار الفسخ ، فإنها تخضع للقواعد العامة كذلك، فيعاد المـــتعاقدان إلى الحـــالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد الموهوب له الشئ الموهـــوب ، ويكون للفسخ أثر رجعى الذى لا يقتصر على المتعاقدين بل يتعداهما إلى الغير .

ولاشك فى انطباق ذلك على الهـــبة المقترنة بالتزام على الموهوب له أيا كان المستفيد هذا الالتزام [٢].

---

(١) أكثم الخولى ص ١٦٢ – محمود جمال الدين زكى ص ١٥٤ .

(٢) كانـــت المـــادة ٦٨٠ مـــن المشروع التمهيدى تعطى لفسخ الهبة أثرا محددا ، واشترطت لقبوله ألا يكون عند الموهوب له عذر مقبول لعدم التنفيذ .
كمـــا كانـــت تشترط فى استرداد الشئ الموهوب أن يكون بالقدر الذى كان ينـــبغى أن يســـتخدم الشئ لأداء العوض ، أى يعوض بقيمة العوض فى كل الأحوال وذلك حتى لا يلحق الفسخ غبنا بالموهوب له.
وأن يكون الرد بدفع هذا المقابل نقدا ، حتى لو لم ترد الهبة على النقود . =

والفسخ طريق يمهد للواهب التخلص من هبة لم تحقق ما قصده منها . ولا يقابله حق الموهوب له فى التخلص من التزامه برد الشئ الموهوب[1].

١٠١ – من له طلب الفسخ ؟

يكون للواهب طوال حياته حق طلب فسخ الهبة لعدم تنفيذ الالتزام وذلك أيا كان المستفيد من هذا الالتزام . ويثبت هذا الحق لورثة الواهب بعد وفاته [2].

= وأجازت للموهوب له أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة ، إذا هو رد الموهوب ذاته فى الحالة التى يكون عليها وقت الرد .

وقد أحسن المشرع صنعا بالعدول عن هذه القاعدة لأنها تخالف مبدأ وحدة الهبة بعوض واعتبار هبة تخضع لجميع قواعد الهبات، كما يخالف ما استقر عليه القضاء من عدم الحكم بفسخ الهبة بعوض إلا إذا كان الالتزام المفروض على الموهوب له يرقى إلى مرتبة السبب فى نظر الواهب (أكثم الخولى ص ١) .

(١) أكثم الخولى ص ١٦٤ – وكانت الفقرة الثانية من المادة ٦٨٠ من المشروع التمهيدى تجيز للموهوب له " أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة ، إذا هو رد الموهوب ذاته فى الحالة التى يكون عليها وقت الرد . وأساس هذه الرخصة أن التزام الموهوب له برد قيمة العوض حكم موضوع لمصلحته ولذلك يستطيع أن يتنازل عنه وأن يختار الفسخ الكامل ، إذ جاء بمذكرة المشروع التمهيدى: " ولما كان الحكم موضوعا لمصلحة الموهوب له ، فإن هذا يستطيع أن يتنازل عنه وأن يختار الفسخ الكامل ، فيتخلص من الالتزام برد ما يقابل العوض إذا هو رد الموهوب ذاته فى الحالة التى يكون عليها وقت الرد " إلا أن المادة حذفت بأكملها كما أشرنا من قبل (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٧، ٢٨٠) .

(٢) السنهورى ص ١٧٢ – أكثم الخولى ص ١٦٢ هامش (١)- محمود جمال الدين زكى ص ١٥٤ .

أما الأجنبى والمصلحة العامة فليس لهما إلا المطالبة بالتنفيذ العينى [1].

ولا يضيع الفسخ على الأجنبى حقه . إذا كان قد قبل الاشتراط لمصلحته ، فيرجع بما يعادل العوض على الواهب إلا إذا كان الاشتراط بالنسبة إلى الأجنبى تبرعا يجوز للواهب الرجوع فيه .

١٠٢ – حالة كون الموهوب أقل من العوض :

رأينا أن المادة ٤٩٨ مدنى تنص على أنه إذا تبين أن الشئ الموهوب أقل من القيمة من العوض المشترط ، فلا يكون الموهوب له ملزما بأن يؤدى من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشئ الموهوب .

---

(١) السنهورى ص ٧٢ – محمد كامل مرسى ص ١٥٧ – وقارن محمد على عرفه في التقنين المدنى الجديد ص ٤٣٣ فيذهب إلي أنـه : " وبديهى أنه لمن تقرر العوض لمصلحته مطالبة الموهوب له بالتنفيذ أو بالفسخ فى حدود القدر الذى كان ينبغى أن يستخدم لأداء العوض . وينتقل هذا الحق من الواهب إلى ورثته ".

وكانت المادة ٣/٦٨٠ من المشرع التمهيدى تضع قاعدتين استثنائتين : **الأولى:** أن الفسخ يمتنع إذا كان العوض يتمخض لمصلحة أجنبى . **الثانية** : أن ورثة الواهب لا يكون لهم طلب الفسخ إذا كان العوض مشترطا لمصلحته عامة. وعللت المذكرة الإيضاحية للقانون القاعدة الثانية بأن بالورثة مظنة إيثار مصلحتهم فى هذه الحالة .

وكانت الفقرة الثانية من المادة تجيز للموهوب له أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة إذا هو رد الموهوب ذاته فى الحالة التى يكون عليها وقت الرد . وفى هذا مبالغة فى حماية الموهوب له حتى فى الحالات التى يختلف فيها عن تنفيذ التزاماته .

وقد حذفت المادة ٦٨٠ بأجمعها اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٧٥ ، ٢٨٠) .

ومفـــاد هذا النص أن الالتزام برد العوض له حـــد أقصى هو قيمة الشيء الموهوب . فإذا تبين أن الشيء الموهوب أقل من قيمة العوض المشترط فلا يكون الموهوب له ملزما بأن يؤدى من هـــذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب .

وهــــذا الحكم خاص بالعوض بمعناه الذى تحدده المادة ٤٩٧ ، ولا شـــأن له بالالتزام الذي تفرضه الهبة لمصلحة الموهوب له ، وهو يقوم على إرادة المــتعـــاقدين التى لم تتجـــه مطلقا إلى أن تكون الهبة سببا لافتقار الموهوب له [(١)].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقـــد تكون الهبة بعوض ، فيكون العـــوض التزاما فى ذمة الموهوب له ، وهو عادة أقل من الموهوب ، فـــإذا تبين أنه أكبر فى القيمة ، فلا يكون الموهوب له ملزما أن يـــؤدى إلا بقدر قيمة الموهوب (م٦٨١ من المشروع) " [(٢)].

حالة إذا ما كان العوض وفاء لديون الواهب :

١٠٣- النص القانونى :

الفقرة الأولى من المادة (٤٩٩) مدنى :

" إذا اشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب لـــه ملزما إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة هذا ما لم يتفق علي غيره " .

---

(١) أكثم الخولى ص ١٦١ – محمد على عرفه ص ٣٣٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٤ ص ٢٧٩ .

١٠٤- حكم هذه الحالة :

قـــد يشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه . فإذا ورد الشرط فى عـــبارة مطلقة ، انصرف إلى الديون ثابتة التاريخ[١] التى كانت موجودة وقـــت الهبة ، لا التى وجدت بعد ذلك ، ما لم يتفق على غير ذلك وقد جـــاء الحكـــم المذكور تفسيرا للالتزام فى أضيق حدوده لمصلحة المدين ، ومن تفسير الشك لمصلحة المدين (م ١٥١ مدنى) .

فـــإذا لم يـــوف الموهوب له بهذه الديون واضطر الواهب إلى الوفـــاء بها كان له الرجوع على الموهوب له بما وفى. ولا يجوز لأصحاب الديون الرجـــوع مباشـــرة على الموهوب له بديونهم إذالم يتم الوفاء بها إلا إذا كان الواهب قـــد اشترط لمصلحتهم إجبار الموهوب له أن يوفيهم هذه الديون[٢].

وإنما يرجعون بها على الواهب الذى له أن يرجع على الموهوب له .

ويجب هنا إعمال نص المادة ٤٩٨ مدنى من عدم التزام الموهوب له إلا بأداء قيمة ما يساوى قيمة المال الموهوب من الديون .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقـــد يشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه ، فإذا ورد الشرط في عبارة مطلقة ، انصرف إلى الديون التى كانت موجودة وقت الهبة ، لا التى جدت بعد ذلك "[٣].

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٣٥ .

(٢) السنهورى ص ١٧٤ – محى الدين علم الدين ص ٤٧.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٤ ص ٢٨٠ .

الالتزام بوفاء الديـون المضمونة بحق عيني على الشئ الموهوب :

١٠٥— النص القانونى :

الفقرة الثانية من المادة (٤٩٩) مدنى :

" وإذا كان الشئ الموهوب مثقلا بحق عينى ضمانا لدين فى ذمة الواهب ؛ أوفى ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك " .

١٠٦— حكم هذه الحالة :

يبين من نص الفقرة الثانية من المادة ٤٩٩ مدنى أنه إذا كانت العين الموهوبة مثقلة بحق عينى (رهن رسمى أو رهن حيازة أو حق امتياز[١] أو حق اختصاص) ضمانا لدين فى ذمة الواهب أو فى ذمة شخص آخر ، فإن المشرع افترض_ إلا إذا ثبت العكس — أن إرادة الطرفين تتجه إلى ألزام الموهوب له بوفاء الديون التى تضمنها حقوق عينية على الشئ الموهوب ولوكان المدين شخصا غير الواهب . وأساس هذا النص على ما أفصحت مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد :

" ..... فالمفـــروض أن الواهب قد أراد من الموهوب له أن يدفع هذا الدين كعوض للهبة ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك "[٢] . أى أن التزام

---

(١) أشارت إلى حق الامتياز المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى ويرى البعض أن هذه الإشارة محل نظر (أكثم الخولى ص ١٦٤ ص ٣) .

(٢) مجموعـــة الأعمـــال التحضيرية جـــ ٤ ص ٢٨٠ — محـــمد كامل مرسى ص ١٥٦.

الموهـــوب له يقوم على فكرة العوض الضمنى المقرر لمصلحة المدين سواء كان هذا الدين هو الواهب أو شخصا غيره [١].

وسواء افترض أن الموهوب له قـــد التزم نحو الواهب بأداء الدين المضمون بالحق العينى أو لم يفترض ذلك بأن اشترط الموهوب له فى عقد الهبة عدم التزامه بالدين ، فإن الموهوب له باعتباره قد انتقلت إليه ملكية العين المثقلة بالحق العينى يكون مسئولا عن الدين نحو الدائن مسئولية عينية، وللدائن حق التتبع بفضل حقه العينى فيتقاضى الدين من العين الموهوبة . ويرجع الموهوب له عندئذ على المدين الأصلى إذا كان الدين فى ذمة الغير . أما إذا كان الدين فى ذمة الواهب ، ولم يشترط الموهوب له عدم التزامه به ، فإنه يكون بالنسبة إلى الدائن فى موقف المحال عليه ، ويبقى الواهب ملزما هو أيضا بالدين حتى يقر الدائن هذه الحوالة وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٢٢ مدنى[٢]. وإذا اشترط الموهوب له عدم التزامه بالدين ، ولكن اضطر إلى دفعه بموجب الحق العينى الذى يثقل العين الموهوبة ، فإنه يرجع فى هذه الحالة على الواهب بما دفع.

---

(١) تنص هذه الفقرة على أنه : " فإذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضـــها فى ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضي هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقرارا " .

(٢) السنهورى ص ١٧٥ .

ويعتبر ذلك كله تطبيقا للقواعد العامة [١].

وهــذا مــا أفصحت عنه مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد بقولها :

" وإذا كانت العين الموهوبة مثقلة بحق عينى (رهن رسمى ، أو رهن حيازة ، أو حق امتياز أو حق اختصاص) ضمانا لدين فى ذمة الواهب أو فى ذمة شخص آخر، فالمفروض أن الواهب قد أراد من الموهوب له أن يدفع هذا الدين كعوض للهبة ، مالم يوجد اتفاق على غير ذلك ، فإذا وفى الموهوب له الدين ، وكان فى ذمة شخص آخر غير الواهب ، رجع على المدين الأصلى بما وفاه عنه ، كما كان يرجع الواهب . والموهوب له ملزم على كل حال نحو الدائن بوفاء الدين كحائز للعقار، حتى له اشترط فى الهبة ألا يكون ملتزما به ، ويرجع فى هذه الحالة على الواهب ، إذا لم يشترط عدم التزامه بالدين، فإنه يكون بالنسبة للدائن فى موقف المحال عليه ، ولكن المدين الأصلى يبقى ملتزما بالدين هو أيضا حتى يقر الدائن هذه الحوالة (أنظر م ٤٥٠ من المشروع) [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٧٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٤ ص ٢٨٠ وما بعدها - وقارن عكس ذلك أكثم الخولى ص ١٦٥ . فيذهب إلى أنه لما كان الموهوب له معرضا لتتبع الدائنين كأى حائز للعقار فإن النص السابق يجب أن يفسر على أنه يقرر التزام الموهوب له شخصيا لا كحائز للعقار بوفاء الدين المضمون وهو ما يتفق تماما مع فكرة العوض الضمنى كأساس لا لتزام الموهوب له وما تنطوى عليه من =

(الالتزام الثانى)
(الالتزام بنفقات الهبة)

١٠٧- من يلتزم نفقات الهبة ؟

راجع بند (٨٥) .

= وجود اشتراط لمصلحة الدائن وكذلك يخضع التزام الموهوب له بأداء الدين للقواعد العامة فى الهبة بعوض فلا يلزم الموهوب له بأداء الديون إذا كانت قيمتها تتجاوز قيمة الشئ الموهوب .

وإذا كان الدين المضمون بالحق العينى الذى يثقل الشئ الموهوب لشخص آخر غير الواهب فلا يرجع الموهوب له علي المدين لأن هذا الرجوع لا يتفق مع فكرة العوض الضمنى التى يقوم عليها النص . هذا فضلا عن أن إجازة الرجوع على المدين تجعل النص السابق مجرد ترديد لحكم القواعد العامة فى حلول حـــائز العقار الموفى وفى انتقال الدعاوى إلى الموهـــوب له فى حالة الاستحقاق ، وهو ما لا يسهل التسليم به".

ويرى الدكـــتور محمود جمال الدين زكى ص ٥٦ أيضا أن الحكم الوارد بالمذكرة الإيضاحية بأنه إذا وفى الموهوب له الدين وكان فى ذمة شخص آخر غير الواهب ، رجع على المدين الأصلى بما وفاه عنه كما كان يرجع الواهب ، محل شك كبير.

(الرجـوع فى الهبة)

موضــوع رقــم (١١)

(دراســة تمهيديــة)

١٠٨- الرجوع فى الهبة فى الشريعة الإسلامية :

اخــتلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حق الواهب فى الرجوع فى هبته ، لتعارض الآثار الواردة فى موضوعها فى موضوعها ، وانقسموا إلى ثلاثة آراء .

الرأى الأول :

رأى أهل الظاهر ورواية عن أحمد بن حنبل ، وهو أنه لا يجوز الرجوع فى الهــبة ، لأن الهبة ملك لازم ، فهى عقد تمليك منجز كالبيع فكما أن البيع يكون لازما بعد تمامه فكذلك الهبة ، ولا يضر كون أحدهما بعوض والآخر بلا عوض .

وســندهم فى ذلــك حديــث الرسول(عليه السلام) " العائد في هبته كالعــائد في قيئه " وفى رواية ثانية : " العائد فى هبته كالكلب يعود في قيئه" وفى رواية ثالثة: العائد في هبته كالكلب يقئ ثم يعود في قيئه " .

والعود فى القيء حرام فكذلك الرجوع فى الهبة.

الــرأى الثانى :

رأى مالك وجمهور علماء المدينة والشافعى ورواية عن أحمد بن حنبل.

وهـــــذا الرأى على أن الهبة لازمة لا يجوز الرجـــوع فيها عدا هبة الوالد لولده . فللوالد أن يرجـــع فيما وهبه لابنه ما لم يتزوج الإبن ، أو لم يســـتحدث دينا ، وبالجملة مـــا لم يترتب عليه حق الغير ، وأن للأم أيضا أن ترجع فيما وهبت إن كان الأب حيا وقد روى عن مالك أنها لا ترجع (١).

وســـند ذلـــك أن الرجوع يضار التمليك والعقد لا يقتضى ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله ، لأنه لم يتم التمليك لكونه جزءا له .

وهـــذا الرجـــوع يسمى عند المالكية باعتصار الهبة . والمراد به أخذ الهبة قهرا .

وكذلك احتجوا بحديث " لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده " ، وفى رواية أخرى " لا يحل لواهب أن يرجع فى هبـــته إلا الوالد " ، ولأن الأب لا يتهم فى رجوعه لأنه لا يرجع إلا للضرورة أو لإصلاح الولد (٢).

الرأى الثالث :

وهـــو رأى أبى حنيفة وأصحابه ، وقد أجمعوا على أن الهبة ملك غير لازم والأصـــل فيها جواز الرجوع ، إلا إذا قام ما نع من موانع الرجوع فيها وهى سبعة .

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد تحقيق أبو عبد الرحمن عبد الحكيم بن محمد الجزء الثانى ص ٥٠٢ .

(٢) بـــدائع الصنائع للكاسانى الجزء السادس الطبعة الثانية ١٤٠٢ هــ ١٩٨٢ م ص١٢٨.

١- القرابة المحرمية .   ٢- الزوجية .

٣- العوض .

٤- موت الواهب أو الموهوب له .

٥- هلاك الشئ الموهوب .

٦- خروج الموهوب من ملك الموهوب له .

٧- الزيادة المتصلة .

واستندوا فى ذلك إلى أدلة من الكتاب والسنة وإجماع الصحابة رضى الله عنهم والمعقول.

فالبسبة للكتاب ، استندوا إلى قوله تعالى :

{ وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها } .

والتحية وإن كانت تستعمل فى معان من السلام والثناء والهدية بالمال فإن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهىقوله تعالى { أو ردوها } ، لأن الرد إنما يتحقق فى الأعيان لا فى الأعراض ، لأنه عبارة عن إعادة الشئ ، وذلك لا يتصور فى الأعراض [1].

أما عن السنة ، فقد استندوا إلى حديث الرسول (عليه السلام) : " الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها " أى يعوض.

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٥٨ .

أما عن إجماع الصحابة فما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عــنه أنــه قال : " من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فإنه لا يــرجع فيها ، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها" .

وأنه قد روى عن سيدنا عثمان وسيدنا على وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الــدرداء ، وفضالة ابن عبيد وغيرهم رضى الله عنهم بمثل ما تقدم ، ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعا [١] .

وبالنسبة للمعقول : فإن الواهب إنما يهب لبواعث شتى ، فعد يعطى ابتغاء الثواب من الله أو لتحقيق مصلحة فى الدنيا، أو لأجل صلة رحم ، أو للمكافأة علي جميل ســابق ، فإن كــان للواهب غرض دنيوى من هبته فنفسه لا تطيب بالهبة إذا لم يتحقق غرضه ، وإن كان غرضه وجه الله تعالى فنفسه طيبة بما أعطت دون انتظار عوض دنيوى. لكن ذلك أمر خفى لا يمكن ضبطه ، إذا المرجع فيه للعرف والعادة والقرائن ونية المعطى. فإذا طلب الرجوع فيما وهب علمنا أن له غرضا دنيويا فيما أعطى ، وإلا فلا ، وإذن فيكون ملك الموهوب بعد قبضه إياه ملكا قلقا لعدم تبين غرض الواهب وطيبة نفسه به ، وعلى ذلك فتح له باب الرجوع إذا لم تطب نفسه بما أعطى [٢].

---

(١) البدائع ص ١٢٨ .

(٢) المرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم بك التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ ص ١٢٨ .

وأما عن حديث " لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته إلا الوالد " برواياته المختلفة ، فإنه محمول عىى ما لم يقصد به العوض جميعا بين الأدلة وأيضا فالحل أخص من الجواز ، ونفى الأخص لا يستلزم نفى الأعم [١].

وقد أجمع الفقهاء على أن الهبة التى يراد بها الصدقة أى وجه الله لا يجوز لأخذ الرجوع فيها .

١٠٩ — الرجوع فى الهبة فى التقنين المدنى القديم :

اقتصرت المجموعة المدنية الملغاة على بعض أحكام الهبة ، فبعد أن ذكرت فى المادة ٦٦/٤٤ أن الهبة من بين الأسباب التى تكتسب بها الملكية والحقوق العينية ، أوردت فصلا خاصا (هو الفصل الثانى من الباب الخامس) ونصت فيه فى المواد (٤٨- ٥٣ ، ٧٦/٧٠) على الأحكام الخاصة بشكل الهبة وعلى جانب يسير من أحكامها الموضوعية . ولم تتناول جواز الرجوع فى الهبة من عدمه . ومن ثم كان يتعين الرجوع فيما لم ينص عليه التقنين ومن بينها أحكام الرجوع فى الهبة إلى قانون الأحوال الشخصية للواهب وذلك على أساس أن الهبة ملحقة بالأحوال الشخصية وإن كانت بحسب بيعتها من الأحوال العينية لأن المشرع لاحظ قيامها غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة فأخرجها فى المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية من اختصاص المحاكم المدنية — كما أخرجت الوصية والميراث — والتى تطبق التقنين المدنى والتى ليس من شأنها النظر فى المسائل التي قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها [٢].

---

(١) البدائع ص ١٢٨ — محمد كامل مرسى ١٥٨ وما عبدها .

(٢) أكثم الخولى ص ١٧٨ .

وما دام لم ينص القانون على مسائل الرجوع فى الهبة فتطبق بالنسبة لها قانون الأحوال الشخصية . وأنه لا تعارض بين أحكام الشريعة وما تنص عليه المادة (٧٠/٨٠) من انتقال ملكية الأموال الموهوبة من الواهب إلى الموهوب له بمجرد الإيجاب والقبول ، فإن ذلك لا يستتبع ١ ضرورة القول بعدم جواز الرجوع فى الهبة ، إذ ليس ما يمنع قانونا من أن يتم العقد بإيجاب وقبول من الطرفين ، ويكون لأحدهما حق فسخه . وأن الشارع لم يضع نص المادة (٧٠/٤٨) إلا لغرض ظاهر ، وهو مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بشرط القبض لتمام الهبة علاوة على الإيجاب والقبول ، فلم يشترط هو القبض ومن جهة أخرى اشترط لتمام الهبة شرطا غير معروف فى الشريعة الإسلامية ، وهو رسمية عقد الهبة ما لم يكن موصوفا بصفة عقد آخر ، وقد أتى بهذا الشرط من القانون الفرنسى. ولا يوجد ما يدل على أن غرض الشارع من الأحكام التى أوردها فى المادة (٧٠/٤٨) هو عدم جواز الرجوع [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية ككون إنسان ذكرا أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية . أنا

---

[1] محمد كامل مرسى ص ٦ وما بعدها ، ص ١٧٩ وما بعدها .

الأمـــور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية ، وإذن فـــالوقف والهبة والوصية والنفقات علي اختلاف أنواعها ومناشئها هـــى من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشـــرع المصـــرى وجد أن الوقف والهبة والوصية وكلها من عقود التـــبرعات — تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة فألجأه هذا إلى اعتـــبارها مـــن قبـــيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها عن اختصـــاص المحـــاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها . على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شئ مما تختص به من تلك العقود ، فإن نظـــرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها " .

(طعن رقم ٤٠ لسنة ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢١)

٢- " إن مســـائل الهـــبة فى نظـــر الشارع ليست كلها من الأحوال الشخصـــية ولا هى كلها من الأحوال العينية ومن ثم كانت الهبة محكومة بقوانـــين لكل مجاله فى التطبيق القانـــون المدنى فيما أورده من أحكام لها بالذات مكملة بالأحكام العامة للالتزامات ، وقانون الأحوال الشخصية فى غير ذلك من مسائلها .

وإذا كان القانون المدنى لم يتعرض بتاتاً إلى أمر الرجوع فى الهبة وليس فـــيما وضعه لها ولأسباب انتقال الملكية وزوالها من نصوص ، ولا فيما أورده للالـــتزامات من أحكام عامة ، ما ينافى الرجوع فى الهبة ، كان لا

مندوحة عن الرجوع فى هذا الأمر إلى قانون الأحوال الشخصية ، سافرة كانت الهبة أو مستورة .

وعلى ذلك فالحكم الذى يقضى بوقف الفصل فى طلب ثبوت ملكية عين مبيعه بعقد يستر هبة رجـــع فيها البائـــع حتى تفصل جهة الأحوال الشخصية فى أمر الرجوع عن الهبة لا يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٥٤ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٤/٣)

٣- " .... و إذن فمتى كان الشيك الذى سلمه المطعون عليه إلى الطاعن بسبب زواج هذا الأخير بابنه الأول هو أداة وفاء، وقد تمت به الهبة فى ظل القانون المدنى القديم على ما قرره الحكم وأصبح المال الموهوب كله ملكا للطاعن بتنازل الزوجة إليه عن نصيبها فيه ، وكان الرجوع فى الهبة خاضعا فى ظل القانون المدنى القديم للشريعة الإسلامية وحكمها فى ذلك أن الرجوع لا يصح إلا برضاء الموهوب له أو بقضاء القاضى وكان قضاء القاضي فى ذلك منشئا للحق لا كاشفا له ، وكان الثابت أنه لم يحصل تراض على الرجـــوع فى الهبة كما لم يصدر بعد حكم به وما زالت الزوجية قائمة ، فإن المبلغ الموهوب المحجوز من أجله يكون مجرد دين احتمالى قد يترتب فى الذمة مستقبلا وقد لا يترتب أصلا فلا يصح وصفه من الآن بأنه محقق الوجود حال الأداء وبالتالى لا يجوز أن يكون سببا لتوقيع الحجز التحفظى " .

(طعن رقم ٤٣٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٢/١١)

موضوع رقم (١٢)

(الرجوع فى الهبة بالتراضى والتقاضى)

(أولا)
(الرجوع فى الهبة بالتراضى)

١١٠- حكم الرجوع فى الهبة بالتراضى :

تنص الفقرة الأولى من المادة (٥٠٠) من التقنين المدنى على أنه :

" يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك " .

وقد ورد الرجوع فى المادة مطلقا ، غير مقيد إلا بقبول الموهوب له هذا الرجوع .

ومعنى ذلك أنه يجوز الرجوع ولو كان هناك مانع من موانع الرجوع فى الهبة قضاء أو لم يكن لدى الواهب عذر مقبول للرجوع. فإذا تراضى طرفا الهبة على الرجوع فيها كان هذا صحيحا وترتبت عليه كل آثاره .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أنه :

" وإذا طلب الواهب الفسخ وقدم لذلك عذر مقبولا، فإن القاضى بالرغم من ذلك لا يحكم بالفسخ إذا وجد مانع من موانع الرجوع فى الهبة ، **بخلاف الفسخ بالتراضى ، فلا يحول بالبداهة دون مانع** " .

ويعتبر تراضى الطرفين على الرجوع فى الهبة إقالة من الهبة تمت بإيجاب وقبول جديدين شأن الإقالة من أى عقد آخر .

غير أن الإقالة فى هذه الحالة لها أثر رجعى فتعتبر الهبة كأن لم تكن كما سنرى . وعلى هذا نصت المادة ٥٠٣ مدنى [١].

---

(١) وحال مناقشة مشروع التقنين المدنى بمجلس الشيوخ اقترح مستشارى محكمة النقض والإبرام حذف المواد من ٥٠٠ إلى ٥٠٤ الخاصة بالرجوع فى الهبة . وقد جاء عن ذلك بملحق تقرير لجنة القانون المدنى ما يأتى: " اقترح حذف المواد من ٥٠٠ إلى ٥٠٤ الخاصة بالرجوع فى الهبة " مادامت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية لم تعدل " فضلا عن أنها "لا تسرى فى حق غير المصريين ، لأنهم خاضعون لقانون جنسيتهم فى خصوص الأحكام الموضوعية للهبة" ، و لم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح لأن نص المادة ١٦ مطلق ومقتضى إطلاقه إخراج الهبة بأسرها من نطاق القانون المدنى لا إخراج الرجوع فحسب ، والحال فى الواقع غير ذلك ، ولاسيما من حيث الاختصاص القضائى ، فالمحاكم الأهلية هى التى تفصل فى جميع مسائل الهبة وفى الرجوع فيها ، بل وفى أهلية الواهب ، وليس للهبة فى تصوير القانون المصرى من الاتصال بالميراث والروابط العائلية ما يبرر إدخالها فى الأحوال الشخصية على نحو ما تفعل الشرائع الغربية ، بل لقد اختلفت المحاكم فى جواز الرجوع فى الهبة فى مصر ، فذهبت بعض المحاكم إلى عدم جواز ذلك استنادا إلى قواعد القانون المدنى، وذهبت أحكام أخرى إلى جواز ذلك وفقا لقواعد الشريعة، وأيدت هذا الرأى أخيرا محكمة النقض ، وقد أداء المشروع أن يحسم الخلاف بنصوص واضحة ، وترى اللجنة بعد ذلك وجوب حذف الإشارة إلى الهبات فى المادة ١٦ من لائحة تنظيم المحاكم الأهلية عند تعديلها بمناسبة زوال المحاكم المختلطة، ويلاحظ من ناحية أخرى أن ورود قواعد الهبة فى القانون المدنى لا يستتبع وجوب تطبيقها على الأجانب ، فقد قنن المشروع قواعد

....

الأهلية . ولا يعنى ذلك تطبيقها على الأجانب ، لأن مرجع سريان الأحكام الموضوعية فى حق الأجانب هو قواعد الإسناد ".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٨٤ وما بعدها) .

(ثانيا)

(الرجوع فى الهبة بالتقاضى)

١١١ – النصوص القانونية :

الفقرة الثانية من المادة (٥٠٠) مدنى :

" فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع ، متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع " .

المادة (٥٠١) مدنى :

" يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع فى الهبة :

(أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه .

(ب) أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

(حـ) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع ، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حى " .

المادة (٥٠٢) مدنى :

يرفض طلب الرجوع فى الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :

(أ) إذا حصل للشئ الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع.

(ب) إذا مات أحد طرفى عقد الهبة .

(ج) إذا تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصــــرفا نهائيا ، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع فى الباقى .

(د) إذا كانت الهبة من أحــــد الزوجين للآخر ، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية .

(هـــ) إذا كانت الهبة لذى رحم محرم .

(و) إذا هلك الشئ الموهوب فى يد الموهوب له ، سواء أكان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبى لا يد له فيه ، أو بسبب الاستعمال ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشئ، جاز الرجوع فى الباقى .

(ز) إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة .

(ح) إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر " .

١١٢ـ أحكام الرجوع فى الهبة بالتقاضى :

إذا أراد الواهـــب الرجوع فى الهبة ولم يقبل الموهوب له ذلك، فلا يكون أمام الواهب إلا الرجـــوع عن الهبة بالتقاضى برفع دعـــواه إلى المحكمة المختصة ولكى يحكم القاضى بالرجـــوع فى الهبة لا بـــد من توافر شرطين :

١- أن يستند الواهب فى الرجوع إلى عذر مقبول وقد ورد بالمادة ٥٠١ أمثلة لهذا العذر . أى أن الإعـــذار الواردة بالمادة المذكورة- كما سنرى — لم ترد على سبيل الحصر.

وقــد جاء بالمذكرة الإيضاحيــة للقانون (نظرة عامة) : "بل يشترط فى الرجوع – إذا لم يرض بــه الموهوب له – أن يكــون عند الواهب عذر مقبول فيه ، وأورد المشروع أمثــلة من العذر المقبول مما يقرب الشريعة الإسلامية من القوانين الأجنبية ، وهناك موانع للرجوع فى الهبة نقلت عن الشريعة الإسلامية كما قننها قدرى باشا فى كتابه عن الأحوال الشخصية " [١].

٢- ألا يوجد مانع من موانع الرجوع فى الهبة وهذه الموانع سبعة ، وردت على سبيل الحصر فى المادة ٥٠٢ مدنى.

ونعرض لهذين الشرطين بالتفصيل فيما يلى :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٤٢ .

(أولا)

الأعذار التى تبرر الرجوع فى الهبة الواردة بالمادة (٥٠١) مدنى

الأعـــذار التى تبرر الرجـــوع فى الهبة والتى نصت عليها المادة (٥٠١) مدنى سبعة أعذار ، وقد وردت بالمادة على سبيل المثال لا الحصر ، كما سنرى ونعرض لهذه الأعذار فيما يلى .

١١٣ ـ العذر الأول :

جحود الموهوب له :

نصت المادة ٥٠١ على هـــذا العـــذر فى الفقرة (أ) منها بقولها :

" أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه " .

فالنص يفترض أنه يقع على عاتق الموهوب له التزاما حقيقيا بالاعتراف بالجميل نحو الواهب بل ونحو أقاربه، وجعل من الإخــلال بهذا الالتزام عذرا مقبولا للرجوع فى الهبة .

وكل ما اشترطه القانون هو أن يكون الإخلال بالالتزام على درجة من الجســامة بحيث يعتبر جحودا كبيرا . فهو قد وضع معيارا مــرنا يواجه الحالات المتعــددة والحوادث المختلفة ، وترك للقاضى فى كل حالة تقدير ما يعتبر من الموهوب له جحودا كبيرا .

ولا يشترط أن تكون الإساءة التى تكشف عن الجحود الكبير ، مما يكون جريمة جنائية فأية إساءة بالغة تكفى لتكون جحودا كبيرا من الموهوب له .

وبالعكس قد يرتكب الموهوب له جريمة ولكنها لا تعتبر إساءة بالغة مثل تسبب الموهــوب له بخطئه وإهماله فى جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه ، فالموهــوب له فى هذه الحالة لم يقصد الإساءة إلى الواهب أو أحد أقاربه . ومن ثم لا يكون عمله جحودا . ويمكن القول أيضا إن الموهوب له إذا جرح أو قتــل الواهب أو أحد أقاربه استعمالا لحقه فى الدفــاع المشروع عن نفسه ، لم يعتبر هذا العمل جحودا منه ، إذا هو قصد الدفاع عن نفسه و لم يقصد الإساءة إلى الواهب[١].

ويختلف التقنين المدنى المصرى عن القانون المدنى الفرنسى الذى حدد فى المادة ٩٥٥ منه حالات الجحود التى تعد عذرا مقبولا للرجوع فى الهبة على سبيل الحصر . وهى الاعتداء على حياة الواهب أو الشروع فيه أو إهانة الواهب أو إساءة معاملته أو ارتكاب جريمة ضده أو الامتناع عن الإنفاق عليه إذا أدركه العوز [٢].

وهذه الحالات تصلح أمثلة للجحود الكبير طبقا للتقنين المصرى .

---

(١) السنهورى ص ٢٠١ .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٦٠ ، ص ١٦٦ .

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مثالا للجحود الكبير بقولها : " أن يصدر من الموهوب له ما يدل على جحود كبير نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه ، كأن يرتكب جريمة لا عذر له فيها ضد أحد من هؤلاء ، ويترك تقدير ذلك للقاضى " (١).

وقد اعتبرت محكمة النقض من قبيل الجحود الكبير أن يكون الوالد وهب ولده مبلغا من النقود لشراء شهادات استثمار يقتضى الواهب فوائدها ، دون أن يؤدى الموهوب له هذه الفوائد إلى الواهب .

إذ قضت بأن :

" البين من الاطلاع على الحكم المطعون فيه أنه استند فى قضائه بتأييد الحكم الابتدائى إلى أن عدم أداء الطاعن- الموهوب له فوائد شهادات الاستثمار للمطعون عليه الأول- الواهب- حسبما هو ثابت فى تحقيق النيابة المودع ملف الدعوى يعتبر جحودا كبيرا منه يجيز لهذا الأخير الرجوع فى الهبة دون ما حاجة لبحث ما يثيره الطاعن فى شأن توفر سبب آخر من أسباب الرجوع فى الهبة وهو عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه ولزوجته . وإذ كان مؤدى ذلك أن المحكمة اكتفت بالجحود سببا للرجوع فى الهبة واعتبرته متحققا لمجرد امتناع الطاعن عن الوفاء للواهب بالفوائد المستحقة بصرف النظر عن ملاءة الواهب أو إعساره ، وكان هذا الرأى الذى انتهى إليه الحكم المطعون فيه يقوم على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٩١ .

أسباب سائغة تكفى لحمل قضائه فى هذا الخصوص فإن النعى عليه برفضه التحقق من إعسار المطعون عليه الأول يكون غير منتج " .

(طعن رقم ٤٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٣)

والملاحـــظ أن لفظ (الأقارب) جاء مطلقا ، ويرى البعض التوسع فى تفسيره بحيث يشمل الزوج والزوجة [١].

١١٤ ـ العذر الثانى :

عجـز الواهـب عـن توفـير أسـباب المعيشـة لنفسـه بمـا يـتفق مـع مكانته الاجتماعية أو عجزه عن الإنفاق على الغير :

نصت المادة ٥٠١ فى الفقرة (ب) منها على هذا العذر بقولها :

" أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير " .

فلـــيس مـــن الضرورى أن يقع الواهب فى فقر مدقع ، بل يكفى أن ينـــزل عن المستوى اللائق لمكانته الاجتماعية [٢]، أو أن يصبح غير قادر

---

(١) وينتقد الدكـــتور محمـــود جمـــال الدين زكـــى ص ١٦٧ هذا النص بقولـــــه : " ولـــيس فى القانون الوضعى نصا ينافس هذا النص فى افتقاره إلى الدقة واحتياجه إلى التحديد . ويعتبر على كل حال مثلا نادرا لالتزام غير محدد فى موضـــوعه ، وفى أشخاص الدائنين فيه ، وليس من شأن كل هذا أن يعين على استقرار المعاملات".

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٤ ص ٢٩١ .

علـــى الوفـــاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة للغير كالزوجة والأولاد والأقارب.

ولا يمنع من الرجوع فى هذه الحالة أن يظهر الموهوب له استعداده فى الإنفاق على الواهب ، عكس الحال فى القانون الفرنسى إذ تقضى المادة ٩٥٥ منه بأن قبول الموهوب له النفقة على الواهب يمنع من الرجوع فى الهبة، ولا يجوز للواهب الرجوع إلا إذا طلب من الموهوب له النفقة فامتنع الموهوب له .

وقاضـــى الموضـــوع هنا أيضا هو الذى يقدر ما إذا كان الضيق المالى الذى وقع فيه الواهب يكفى عذرا للرجوع فى الهبة أم لا [(١)].

وأســـاس الرجوع فى الهبة فى هـــذه الحالة قريب من نظرية الظروف الطارئة[(٢)] .

١١٥ ـ العذر الثالث :

أن يرزق الوالد ولدا بعد الهبة :

نصـــت على هذا العذر المادة ٥٠١ مدنى فى الفقرة (ج) منها بقولها " أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي " .

والمفروض فى ذلك أن الواهب رجلا أو امرأة ، لم يكن له ولد (ذكرا أو أنثى) وقت الهبة ثم رزق الولـــد بعدها، أو كـــان له ولد ظنه ميتا

(١) السنهورى ص ٢٠٣ .

(٢) أكثم الخولى ص ١٧٥ .

فوهب: ثم ظهر الولد . أما إذا كان له ولد وقت الهبة ثم رزق ولدا آخر بعد ذلك فليس له الرجوع [١].

ويفسر الرجوع عن الهبة فى هذه الحالة فى القانون الفرنسى — بوجود شرط فاسخ ضمنى أساسه تفسير إرادة الواهب ، لذلك يجيز له القانون أن يتخلص من تصرف مفقر ما كان ليقدم عليه لو كان له ولد وقت الهبة .

١١٦ - ورود الأعذار بالمادة على سبيل المثال لا الحصر :

وردت الأعذار الثلاثة المنصوص عليها بالمادة ٥٠١ على سبيل المثال لا الحصر ويفصح عن ذلك أن المادة نصت فى صدرها على أن: " يعتبر بنوع خـــاص عذرا مقبولا للرجوع فى الهبة " ثم أوردت الأعذار الثلاثة. وقد خصت هذه الأعذار بالذكر لأنها هى الأعذار الغالبة التى تبرر الرجوع فى الهبة . ومن ثم يجوز أن تضاف إليها أعذار أخرى تبرر الرجوع فى الهبة ، وتخضع هذه الأعذار لتقدير القاضى.

ومن الأعذار الأخرى التى لم يرد النص عليها بالمادة ألا يقوم الموهوب لـــه بالالتزامات أو التكاليف التى فرضتها عليه الهبة ، أو ألا يقدم العوض الذى التزم بتقديمه مقابلا للهبة [٢]. أو يقع فى غلط عند الهبة .

ومـــن الأعذار التى كانت تبرر رجوع الخاطب فى هدايا الخطبة — قبل العمل بالقانون رقم ١ لسنه ٢٠٠٠ — عدول المخطوبة عن الخطبة لسبب

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جـــ ٤ ص ٢٩١ .

(٢) السنهورى ص ٢٠٠ .

لا يــرجــع إلى الخاطــب كتغيير رأيها بشأنه وامتناعها دون مبرر عن العقد عليها .

وعــدول الخاطــب عن الخطبة لسبب يرجع إلى المخطوبة كأن تعلن المخطوبة امتناعها عن الدخول بمسكن الزوجية الذى أعــده الخــاطب رغم توافر شروطه الشرعية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " حــق الخاطب الواهب فى استرداد هدايا الخطبة يخضع لأحكام الرجوع فى الهبة الواردة فى المادة ٥٠٠ وما بعــدها من القانون المدنى ، وتشترط المــادة المذكورة للرجوع فى الهبة فى حــالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب فى الرجوع إلى عذر يقبله القاضى، وإذ كانت محكمة الموضوع قد أعملت حكم هذه المادة وانتهت – فى حدود سلطتها التقــديــرية – إلى عــدم أحقيــة الطــاعن فى استرداد الشبكــة والهدايا ، فإن الحكم المطعــون فيه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦)[1].

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" تشترط المادة ٥٠٠ من القانون المدنى للرجوع فى الهبة فى حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب إلى عذر يقبله القاضى . فإذا كان ما تعلل به الطاعن لتبرير حقه فى الرجوع عن تنازله عن الأجرة غــير قابل للانقسام غير صحيح فى القانون لأن دين الأجرة وإن كان أصــلا للمورث إلا أنه =

- مادام بطبيعته قابلا للانقسام فهو ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية ، إذا كان ذلك ، فإن العذر الذى استند إليه الطاعن لتبرير حقه فى الرجوع فى إقراره بالتنازل يكون منتفيا " .

(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦)

(ثانيا)

موانع الرجوع فى الهبة

١١٧ـ تعداد :

أوردت المـــادة ٢ ٥٠ مدنى ثمانية موانع من الرجوع فى الهبة ، وهذه الموانع وردت على سبيل الحصر ، فلا يجوز إضافة موانع أخرى للرجوع فى الهبة إليها . وهذه الموانع هى :

١- إذا حصـــل للشئ الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع .

٢- إذا مات أحد طرفى عقد الهبة .

٣- إذا تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفا نهائيا . فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع فى الباقى .

٤- إذا كانـــت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية .

٥- إذا كانت الهبة لذى رحم محرم .

٦- إذا هلك الشئ الموهوب فى يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبى لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشئ ، جاز الرجوع فى الباقى .

٧- إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة .

٨- إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر .

وهـــذه الموانع منها ما هو قائم وقت الهبة وهو المانع الرابع والخامس والسابع والثامن ، أما باقى الموانع فهى موانع تطرأ بعد الهبة .

ونعرض لهذه الموانع بالتفصيل على الترتيب الوارد بالمادة .

١١٨ ـ المانع الأول :

زيادة الموهوب زيادة متصلة :

نصـــت المادة ٥٠٢ مدنى فى الفقرة (أ) منها على هذا المانع بقولها : " إذا حصل للشئ الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع " .

فيشترط لتحقق هذا المانع توافر شرطين :

الشرط الأول :

أن تحصل زيادة متصلة للشئ الموهوب .

والمقصود بالزيادة المتصلة هى الزيادة فى نفس الموهوب .

وقـــــد جاء النص عاما ، ولذلك يستوى – كما يرى فقهاء المذهب الحنفى – أن تكون الزيادة المتصلة متولدة كدابة هزيلة سمنت وثمار الشئ وقـــد تكون غير متولدة وهى التى لم تنشأ عن الأصل كالبناء والغراس فى الأرض الموهوبة ، أو كان الموهوب قماشا فصبغ أو قطع قميصا وخيط .

ويستـــوى أن تكون هذه الزيـــادة بفعل الموهـــوب له أو بغير فعله .

أما الزيادة المنفصلة عن الشئ الموهوب فلا تمنع من الرجوع فى الهبة ، ســـواء كانت متولدة كنتاج الدابة أو غير متولدة كريع الدار أو كـــآلة رى تـــوضع فى الأرض الموهوبة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" إذا تغــير الموهــوب زيـــادة أو نقصا ، فالتغيير بالزيادة أن تحصل للموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته كالبناء على الأرض الموهوبة ، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع ، أما الزيادة غير المتصلة ، سواء تولدت من الشئ كالنتاج أو لم تتولد كآلة رى وضعت فى الأرض الموهوبة ، فلا تمنع من الرجوع ، وكذلك لا يمنع من الرجوع ارتفاع ثمن الموهوب" (١).

الشرط الثانى :

أن تؤدى هذه الزيادة المتصلة إلى زيادة قيمة الشئ. أما إذا زادت قيمة الشــئ دون حــدوث زيادة مادية متصلة به نظرا لإقبال الناس عليه فى الأسواق أو لنقله إلى مكان تكون له فيه قيمة أكبر فلا يمنع الرجوع (٢).

وإذا كـــان البناء أو الغراس لا يوجب زيادة فى الأرض ، فإنه لا يمنع الرجوع .

وإن كـــان يوجب فى قطعة منها ، بأن كانت الأرض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها ، امتنع الرجوع فى تلك القطعة دون غيرها .

وإذا زالت الزيادة المانعة من الرجوع عاد حق الرجوع.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٤ ص ٢٩١ وما بعدها .

(٢) أكثم الخولى ص ١٧٩ – م ٥١٦ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا

وقد نصت على أن :

" إذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمتها امتنع الرجوع فيها ولا يمتـــنع لـــزيادة سعرها ولا يمتنع الرجوع بالزيادة المنفصلة المتولدة عن العين الموهوبة أو غير المتولدة وإذا ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع " .

والزيـــادة المتصلة مانعـــة من الرجـــوع ، لأن الرجوع لا يصح إلا فى الموهـــوب ، والزيادة ليست بموهوبة ، فلا رجـــوع فيها ، والفصل متعذر ليرجع فى الأصل دون الزيادة [١].

أمـــا الزيـــادة المنفصلة فإنها لا تمنع من الرجـــوع إذ يستطيع الواهب الرجوع فى أصل الشئ الموهوب دون ضرر يلحق الموهوب له ، لأنه يمكنه استيفاء الزيادة ورد الموهوب.

---

(١) بدائع الصنائع ص ١٢٩- وينتقد البعض النص على هذا المانع – والذى نقله المشـــرع من الفقه الحنفى – لما يراه من ضعف أساسه المنطقى وما يؤدى إليه مـــن صـــعوبة وعقم فى التطبيق. فالفقهاء يجعلون من الزيادة المتصلة مانعا من الرجوع ، لأن الزيادة ليست موهـــوبة إذ لم يرد عليها العـــقـــد فـــلا يجوز أن يـــرد عليها الفسخ ولا سبيل إلى الرجوع فى الأصل بدون الزيادة لأنه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلا . وأن ضعف هذا الأساس ظاهر لا يحتاج إلي بيان. وقد كان على المشرع أن يتجنب النص على هذا المانع وأن يجيز الرجوع رغم الزيادة المتصلة مكتفيا بتطبيق القواعد العامة المتعلقة بالمصروفات والبناء والغراس بحسن نية إذ لا مبرر للخروج عن هذه القواعد فيما يتعلق بالهبة .

وقد كان ذلك سهلا ميسورا لأن الحكم الشرعى السابق اجتهادى لحق لا سند لـــه فى كتاب أو سنة . وغنى عن البيان أن تطبيق القاعدة الشرعية فى العمل يؤدى إلى نتائج غير مقبولة. فإذا وهب شخص لآخر بقرة ثم شرع الموهوب له فى قتل الواهب فقام الجحود كعذر مقبول فإن الرجوع يمتنع إذا كانت البقرة قد سمنت سمنة زادت قيمتها وناهيك بالصعوبة إذا كانت سمنة البقرة محل شك (أكثم الخولى ص ١٧٩ وما بعده) .

١١٩ـ المانع الثانى :

موت أحد طرفى عقد الهبة :

نصت على هذا المانع المادة ٥٠٢ مدنى فى الفقرة (ب) بقولها : " إذا مات أحد طرفى عقد الهبة " .

فموت أحد طرفى عقد الهبة مانع من موانع الرجوع فى الهبة . لأن حق الرجوع فى الهبة حق شخصى محض يخضع لتقدير الواهب ، وهو الذى يقدر الاعتبارات التى يراها مبررا للرجوع فى الهبة ، ومن ثم لا ينتقل إلى ورثة الواهب بعد موته ، فالوارث ليس بواهب وإنما أجنبى عن العقد ، وقد أوجب الشارع حق الرجوع للواهب .

كذلك يسقط حق الرجوع إذا مات الموهوب له ، لأنه بموت الموهوب له ينتقل ملك الهبة إلى الورثة فصار كما إذا انتقل فى حياته [1] ، وخروج الموهوب من ملك الموهوب له مانع من الرجوع – كما سيأتى – ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار الموهوب كأنه عين أخرى فلا يكون للواهب عليها من سبيل .

ووفاة أحد طرفى الهبة لا تحول دون الرجوع إلا إذا حدثت قبل رفع دعوى الرجوع . أما إذا رفع الواهب الدعوى ثم توفى فإن الحق ينتقل إلى ورثته كما هو الحال فى تعويض الضرر الأدبى (م ٢٢٢/١ مدنى) لاسيما

---

(١) تكملة فتح القدير جـ٩ الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠م ص٤٣.

أن الأساس واحد فى الحالتين وهو قيام الحق على اعتبارات أدبية خاصة بشخص صاحبه ويستقل وحده بتقديرها[1] .

١٢٠ ـ المانع الثالث :

تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفا نهائيا :

نصت على هذا المانع المادة ٥٠٢ مدنى الفقرة (ج) منها بقولها : " إذا تصرف الموهوب له في الشيئ الموهوب تصرفا نهائيا . فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع فى الباقى " .

فتصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفا نهائيا مانع من موانع الرجوع فى الهبة .

ولا يهـم نـوع التصرف ، فقد يكـون بيعا أو مقايضة أو هبة أو غير ذلك.

غـير أنه يجب أن يكون التصرف نهائيا، فإذا فسخ التصرف أو أبطل وعاد الموهوب إلى ملك الواهب فإنه يعود إليه [2].

وإذا تصرف الموهوب له فى بعض الموهوب فقط كان له حق الرجوع فى الباقى ، وكأنه لم يتصرف فى شئ منه ، ذلك أنه إذا كان الموهوب لم يتم التصرف فى شئ منه كان له أن يرجع فى البعض ويترك البعض، لأن

---

(١) أكثم الخولى ص ١٧٧ .

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٩٢ وقد جـاء بها : "..... والتصرف فى الموهوب كله أو بعضه ، فإن فسخ التصرف عاد حق الرجوع " . (م ٥١٨ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) .

له حق الرجوع فى الكل فله أن يترك الكل إن شاء ، وإن شاء ترك البعض فلـــذا إذا تصرف فى بعضه له أن يأخذ الباقى ، لأن المانع لم يوجد إلا فى البعض فيتعذر الامتناع بقدره [(١)].

وهذا المانع يرجع إلى أن خروج الموهوب من ملك الموهوب له وتمليكه لغـــيره حصل بتسليط الواهب ، فلا يمكن من نقض ما تم من جهته، إذ القـــاعدة أن كل من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها ولا يجوز الرجوع فى عين أخرى. متقايض عليها لأنها ليست موهوبة لانعدام ورود العقد عليها ، كما لا يجوز الرجوع فى قيمة الموهوب [(٢)].

والتصـــرف النهائى فى الموهوب هو الذى يمنع من الرجوع فى الهبة . ومـــن ثم لا يمنع من الرجوع فيها ترتيب انتفاع أو ارتفاق أو رهن على الشئ الموهوب[(٣)] .

ويرى البعض أنه كان يحسن بالقانون أن ينص على انتقال حق الواهب إلى الثمن إذا كان الموهوب له قد تصرف فى الشئ بعوض لاسيما أن من أحوال الرجوع ما يقوم على عقاب الموهوب له [(٤)] .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٩٠ .

(٢) بدائع الصنائع ص ١٢٨ وما بعدها — السنهورى ص ١٩٦وما بعدها.

(٣) أكثم الخولى ص ١٧٧ وما بعدها .

(٤) أكثم الخولى ص ١٧٧ وما بعدها .

١٢١ـ المانع الرابع :

الهبة بين الزوجين :

نصت المادة ٥٠٢ مدنى على هذا المانع فى الفقرة (د) منها بقولها: " إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية " .

فالهبة تكون لازمة ابتداء لا يجوز الرجوع فيها إذا تمت أثناء قيام الزوجية ، سواء قبل الدخول أو بعده .

أما إذا وهب شخص لامرأة ثم تزوجها أو وهبت امرأة لرجل ثم تزوجته ، فإن الهبة تكون غير لازمة لأن أيهما لم يكن زوجا للآخر وقت الهبة (١). ومن ذلك الهبة التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر فى فترة الخطبة .

ولا تكون لازمة أيضا الهبة التى يقدمها المطلق لمطلقته أو المطلقة لمطلقها، وإنما يجوز الرجوع فيها .

ولا يجوز الرجوع فى الهبة ، ولو انقضت الزوجية سواء كان ببطلان أو تطليق أو فسخ ، ولو كان الانقضاء لسبب يرجع إلى الموهوب له .

والعلة فى هذا المانع أن صلة الزوجية تجرى مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل أنه يتعلق بها التوارث فى جميع الأحوال ، فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجرى مجراها (٢) .

---

(١) تكملة ابن عابدين جـ ٨ الطبعة الثانية ٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م ص ٤٨١ — الهداية شرح بداية المبتدى الجزء الثالث الطبعة الأخيرة ص ٢٢٨ .

(٢) بدائع الصنائع ص ١٣٣ .

كمـــا أن المقصـــــود من هبة كل منهما للآخر الصلة والتواد دون العـــوض كمـــا فى القـــرابـــة المحرمية ، وقد تحقق غرض الواهب ، فلا يرجع فيها بعد حصول المقصود [١].

١٢٢ـ المانع الخامس :

الهبة لذى رحم محرم :

نصـــت على هذا المانع المادة ٥٠٢ فى الفقرة (هـــ) منها بقولها " إذا كانت الهبة لذى رحم محرم " وهذا المانع قائم منذ الهبة .

و القرابة الرحمية المحرمية هى التى يكون فيها الموهوب له قريبا للواهب ويحرم عقد الزواج بينهما ، فيدخل فيها الآباء والأمهات وإن علوا ، والأولاد وإن سفلوا ، وأولاد البنين والبنات فى ذلك سواء . وكذلك الإخوه والأخوات وأولادهم وإن سفلوا ، والأعمام والعمات والأخوال والخالات [٢].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٦٣ وما بعدها — ويرى الدكتور أكثم الخولى ص ١٧٢ أن تحريم الرجوع فى الهبة بين الزوجين بعد انتهاء الزوجية ليس له ما يبرره على إطلاقه لاسيما إذا كان انتهاء الزوجية راجعا — وهو ما يحدث كثيرا فى العمل — إلى خطأ الموهوب له . بل لعله يكون من الأفضل الأخذ بحكم القانون الفرنسى الذى يفرد الهبات من أحد الزوجين بإمكان الرجوع فيها من جانب الواهب طيلة حياته حرصا على ألا تكون الزوجية سببا فى انتزاع الهبة بضغط أحد الزوجين على إرادة الآخر — أيضا من هذا الرأى محمود جمال زكى ص ١٦٤.

(٢) محمد كامل مرسى ص ١٩٢ . .

والمحرمية بالسبب **لا بالقرابة لا تمنع الرجوع** ، كالآباء والأمهات والأخوة والأخوات من الرضاع ، وكذا المحرمية بالمصاهرة كأمهات النساء والربائب وأزواج البنين والبنات وبالتالى يجوز الرجوع فى الهبة إذا كانت لذى رحم وليس بمحرم كابن العم وابن العمة وابن الخال وابن الخالة وسند عدم الرجوع حديث الرسول عليه السلام " إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها ".

ولأن المقصود من الهبة صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعة للرحم فلا يرجع فيها [(١)].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " يجوز للواهب طبقا لنص المادة ٥٠٠ من القانون المدنى الرجوع فى الهبة إذا تراضى على ذلك مع الموهوب له أو استند إلى عذر يقبله القاضى إلا إذا وجد مانع من الرجوع فى الهبة وقد حددت المادة ٥٠٢ من القانون ذاته موانع الرجوع فى الهبة ومن بينها ما نصت عليه الفقرة " هـ" وهو " إذا كانت الهبة لذى رحم محرم " ، ولما كان نص هذه الفقرة قد جاء عاما بغير تخصيص ، مطلقا بغير قيد فيسرى على جميع الهبات التى تربط الواهب فيها بالموهوب له قرابة الرحم والمحرومية ومنها هبة الوالد لولده ، إذ هى هبات لازمة لتحقيق غرض الواهب منها وهو

(١) الهداية ص ٢٢٨ – تكملة فتح القدير ص ٤٤ .

صلة الرحم بعد صدور الهبة ذاتها ، فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير التراضى مع الموهوب له ، أما القول بإخراج هبة الوالد لولده من حكم الفقرة "هـ" سالفة الذكر بحيث يجوز الرجوع فيها طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية التي استمد منها القانون المدنى الأحكام الموضوعية فى الهبة فإنه يكون تقييدا لمطلق النص بدون قيد وتخصيصا لعمومه لغير مخصص وهو مالا يجوز " .

(ب) – متى كان النص صريحا جليا فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بمصدره التاريخى أو البحث عن قصد الشارع منه لأن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه " .

(طعن رقم ١٨١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٠/٢٩/ ١٩٨٤– غير منشور)[1]

---

(١) كما قضت محكمة النقض بأن :

" إن الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه لا يجوز للطاعن الرجوع فى الهبة لقيام مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها فى المادة ٥٠٢/ هـ من القانون المدنى ولو قام لديه عذر مقبول ، وهى دعامة كافية لحمل قضائه ، ولا يؤثر فى الحكم ما تزيد فيه من أن الإقرار الصادر من المطعون ضدهم الثلاثة الأول يفيد أن الهبة اقتصرت على الثمن وأنه اتفاق مستقل بشأن استغلال العقار ، ومن ثم فإن النعى على الحكم بالتناقض يكون غير منتج ولا جدوى فيه " .

(طعن رقم ١٢٩٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٥/١٢/٢٦)

٢- " لما كان يجوز للواهب طبقا لنص المادة ٥٠٠ من القانون المدنى الرجوع فى الهبة إذا تراضى على ذلك مع الموهوب له ، أو استند إلى عذر يقبله القاضى ، إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع فى الهبة ، وكانت المادة ٥٠٢ من القانون المدنى قد عددت موانع الرجوع فى الهبة ، ومن بينها ما نصت عليه الفقرة " هـ" من أنه " إذا كانت الهبة لذى رحم محرم " ولما كان نص هذه الفقرة قد جاء عاما بغير تخصيص ، مطلقا بغير قيد ، فيسرى على جميع الهبات التى تربط الواهب فيها بالموهوب له قرابة الرحم والمحرمية ، إذ هى هبات لازمة لتحقق غرض الواهب منها — وهو صلة الرحم — بصدور الهبة ذاتها ، فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير التراضى مع الموهوب له . ولما كان المقرر شرعا أن بنات الإبن يعتبرون رحما محرما ، فإنه لا يجوز للطاعن الرجوع فى الهبة الصادرة منه للمطعون ضدهن الخمس الأول ، مما يعتبر معه العقد المشهر فى ١٩٦٥/٩/٤ برقم ٢٦٦٦٧ توثيق الاسكندرية بيعا صحيحا ناقلا لملكية العقار الكائنة به شقة النزاع للمطعون ضدهن الخمس الأول " .

(طعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧)

١٢٣ - المانع السادس :

هلاك أو استهلاك الشئ الموهوب :

نصت المادة ٥٠٢ مدنى على هذا المانع فى الفقرة (و) منها بقولها : " إذا هلك الشئ الموهوب فى يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بفعله أو

بحادث أجنبى لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشئ ، جاز الرجوع فى الباقى " .

ومفاد ذلك أن هلاك الشئ الموهوب فى كافة الأحوال وأيا كان سبب الهلاك ، ولو كان بخطأ من الموهوب له يمنع من الرجوع .

وكذلك إذا هلك الموهوب بسبب الاستعمال ، كما لو كان الموهوب ثيابا أو طعاماً .

والسبب فى ذلك أن الملكية انتقلت إلى الموهوب له بالهبة، وكان له أن يباشر على الشئ سلطات المالك ومنها الإتلاف . كما أنه بعد الهلاك أصبح لا يوجد محل للرجوع لتعذره بعد الهلاك إذ الموهوب غير مضمون على الموهوب له . فلا سبيل للرجوع فى الملك ولا سبيل إلى الرجوع فى قيمته لأنها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها .

فـإذا لم يهلك إلا بعض الشئ الموهـوب، جاز للواهب الرجـوع فى الباقى لانتفاء المانع من الرجـوع فى هذا الباقى[1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" والتغيير بالنقص أن يهلك الموهوب أو يتلف في يد الموهوب له سواء كان ذلك بفعله أو بسبب أجنبى أو بسبب الاستعمال فإذا لم يهلك إلا بعض الشئ جاز الرجوع فى الباقى .... الخ "[2] .

---

[1] وقـد نصت المادة ٥٢١ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا على أن : " إذا هلكت العين الموهوبة فى يد الموهوب له أو استهلكت سقط حق الرجوع فيها فإن استهلك البعض فللواهب الرجوع فيما بقي " .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٩٢ .

وإذا ادعى الموهوب له هلاك الشئ الموهوب ، فإنه يصير مدعيا ويقع عليه عبء إثبات هذا الهلاك . وهو يجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية – بما فيها البينة والقرائن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الثابت أن الطاعن أجاب على الدعوى – التى أقامها والده بطلب الحكم بالرجوع فى الهبة – بالدفع بهلاك المال الموهوب بما يمتنع معه الرجوع فى الهبة فإنه بذلك يصير مدعيا مطالبا بأن يقيم الدليل على ما يدعيه " .

(طعن رقم ٤٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٣)

ويلحق الفقهاء بهلاك الموهوب ، تغييره من حالة إلى حالة حتى تزول صورته الأولى واسمه لتغيره من جنس إلى جنس ، وتكون له صورة أخرى واسم جديد وجنس جديد . ومثال ذلك أن يكون الموهوب قمحا فيطحن دقيقا ، أو قماشا فخيط ، أو دقيقا صنع خبزا أو ذهبا صيغ حليا .

فلا يجوز للواهب الرجوع لأن الذى وهبه زال وحل غيره محله والشئ يهلك بزوال صورته وفقد مشخصاته ، فالرجوع فى الأصل متعذر والموجود غير ما وهبه [1].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٦٩- أكثم الخولى ص ١٧٨ – ويذهب إلى أنه لا يرى محلا للتمادى فى هذا التصور بل يجب الاقتصار على الهلاك بالمعنى الصحيح وتطبيق القواعد العامة على ما سواه لاسيما أن اعتبار الهلاك ذاته مانعا من الرجوع هو حكم لا أساس له سوى عدم الإضرار بالموهوب له .

١٢٤ـ المانع السابع :

العوض فى الهبة :

نصت على هذا المانع المادة ٥٠٢ مدنى فى فقرتها (ز) بقولها : " إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة " .

فإذا كانت الهبة بعوض ، سواء قدم الموهوب له عوضا عن الهبة أو التزم بشروط أو تكاليف لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبى أو للمصلحة العامة ، فإنه لا يجوز الرجوع فى الهبة ، لأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض ، فإذا وصل فقد حصل مقصوده، فيمتنع الرجوع ، وسواء قل العوض أو كثر . ولحديث الرسول (عليه السلام) " الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها " .

ولا يشترط أن يكون العوض من الموهوب له أو من أجنبى بأمر الموهوب له أو بغير أمره [(١)].

وإذا كان العوض مقدما وقت الهبة كان العقد لازما منذ حصول الهبة، أما إذا قدم بعدها أصبح لازما من وقت تقديمه .

وإذا كان العوض بعض الموهوب جاز الرجوع فى الباقى .

وإذا استحق العوض كله أو بعضه عاد للواهب الحق فى الرجوع إذا هو رد للموهوب له ما لم يستحق من العوض . وهذه الأحكام نص عليها فى مشروع المادة منذ تعديلها وتبقى لاتفاقها مع قصد المتعاقدين وأحكام الفقه الإسلامى[(٢)].

---

(١) بدائع الصنائع ص ١٣١ .

(٢) السنهورى ص ١٩٠ هامش (٢) . وكانت المادة ٦٨٦ من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة ٥٠٢ تنص فى فقرتها (ز) على أنه : " إذا قدم الموهوب له بعد =

١٢٥ـ المانع الثامن :

إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر :

نصت المادة ٥٠٢ مـــدنى على هذا المانع فى الفقرة (ح) منها بقولها : " إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر " .

فإذا كانت الهبة صدقة فإنها تكون لازمة ابتداء من وقت الهبة ولا يجوز الرجوع فيها ، لحصول الثواب الذى هو فى معنى العوض بوعد الله تعالى وإن لم يكـــن عوضـــا فى الحقيقة إذ العبد لا يستحق على مولاه عوضا . فالواهب قد تلقى فائدة أدبية نظير هذه الهبة.

= الهبة عوضا قبله الواهب ، على ألا يكون هذا العوض هو بعض الموهوب ، وإذا أعطى العوض عن بعض الموهوب ، جاز الرجوع فى الباقى ، وإذا استحـــق العوض كله أو بعضه ، عاد للواهب الحق فى الرجوع إذ هو رد للموهوب له ما لم يستحق من العوض " .

أى أن الفقـــرة كانت تشترط أن يكون العوض قد قدم بعد الهبة ، إلا أنه فى لجـــنة المـــراجعة اقترح تعديل الفقرة المذكورة بأن يكون تقديم العوض ما نعا للرجوع فى الهبة ، سواء أكان العوض معاصرا للهبة أم لا حقا لها عملا بالرأى الـــراجح فى الشـــريعة الإسلامية فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٤ ص ٢٩٠ ، ص ٢٩٣) .

ويـــرجع اشتراط " ألا يكون العوض هو بعض الموهوب" فى مشروع القانون إلى أن الهـــبة فى هذه الحالة تكون قد تمخضت تبرعا فى الباقى ، فلا يوجد ما يمنع من الرجوع فيه (محمود جمال الدين زكى ص ١٧٠) .

وتكون الهبـــة لازمة . ولو كانت الصدقة على غنى ، لأنه يقصد بالصدقة على الغنى الثواب [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" وقـــد يســـقط الواهب حقه فى الرجوع لا لفائدة مادية يتلقاها من الموهوب له ، بل لفائدة أدبية ، وذلك بأن تكون الهبة صدقة ، فلا يجوز الرجوع فى الصدقة لأنهـــا قربة لوجه الله ولو كانت لغنى (م٥٢٩ فقرة ٢ من قانون الأحوال الشخصية " [٢].

وقد سوى النص بين أعمال البر والصدقة ، ومثال أعمال البر أن يهب الواهـــب جمعية خيرية مالا لتأسيس مستشفى أو مدرسة أو ملجأ أو بناء مســـجد أو مقابر للفقراء .... الخ . ولكن أعمال البر لا تشمل الأعمال التى يقصـــد بها النفع العام دون أن يكـــون بـــرا ، كالهبة لإنشاء طريق أو شق ترعة لا يفيد منها الواهب شيئا .

وأعمـــال الـــبر – فى الواقع- تدخل فى الصدقة ، ولذا ورد المشروع التمهـــيدى خلوا من عبارة (أعمال البر) ، إلا أن هذه العبارة أضيفت فى لجنة مجلس الشيوخ " حتى ترتفع شبهة أن الصدقة لا تشمل أعمال البر ، لأنها فى الواقع تشملها" [٣].

---

(١) بدائع الصنائع ص ١٦٣ – الهداية ص ٢٣١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٤ ص ٢٩٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٤ ص ٢٩٤ .

١٢٦ـ التنازل عن الرجوع فى الهبة :

يـــرى أئمـــة المذهب الحنفى أنه لا يجوز للواهب أن يسقط حقه فى الرجوع لأنه حق الشارع (١).

وعـــلى هذا نصت المادة ٥١٥ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا بقولها :

" يصح الرجوع فى الهبة كلا أو بعضا ولو أسقط الواهب حقه ما لم يمنع مانع من الموانع المذكورة فى المواد السبعة الآتية " .

أمـــا التقـــنين المـــدنى فقد خلا من النص على الحكم الوارد بالمذهب الحنفى. ومـــع **ذلك نصت مذكـــرة المشروع التمهيدى للتقنين على هذا الحكم بقولها :**

" ويلاحظ أن الواهب إذا تنازل عن حق الرجوع ، فإن تنازله لا يعتبر، ويجوز له الرجـــوع بالرغم من هذا التنازل" م ٥١٥ من قانـــون الأحوال الشخصية " (٢).

ويرى جانبا من الفقه أن حق الرجوع فى الهبة — مقيدا بما سلف من قيود- يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للواهب أن يتفق مع الموهوب له مقدما على النزول عنه ، وإنما يجوز له بعد قيام العذر فى الرجوع أن ينـــزل عن هذا الحق بعد وجوده أى بعد قيام سببه (٣).

---

(١) تكملة ابن عابدين ص ٤٦٢ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٤ ص ٢٩٢ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٢٠٢ — السنهورى ص ١٨٦ الهامش- وعكس ذلك أكـــثم الخولى ص ١٨٢ ومحمود جمـــال الدين زكى ص ١٧٠- =

ويذهب الدكتور أكثم الخولى إلى أن : " ولنا أن نتساءل عن قيمة هذا الحكم " عدم جواز النـــزول عن حق الرجوع " رغم انعدام النص عليه . ويبدو لنا أن الأولى هو القول بجواز التنازل عن حق الرجوع أولا لأن القانون يهدف كما رأينا إلى زيادة القوة الملزمة للهبة وينظر إلى الرجوع كحق استثنائى لا محل للتوسع فيه أو رفعه إلى مستوى النظام العام . وثانيا لأن العذر المقبول الذى يفتح باب الرجوع للواهب لا يخرج فى أساسه عن إنزال الجزاء بالموهوب له الذى لم يحمد للواهب هل صنيعه أو حماية الواهب أو أسرته إذا وقع الواهب فى الحاجة أو رزق ولدا بعد الهبة . وما دام هذا هو أساس الرجوع فإنه يسوغ القول بجواز التنازل عن حق الرجوع لأن للواهب أن يتنازل عن توقيع الجزاء على الموهوب له وعن الحماية التى يمكن أن يحققها له الرجوع فى المستقبل.

وكذلك تلاحظ أن حق الرجوع فى الهبة حق ضعيف يسمح القانون بالقضاء عليه لأسباب عرضية محضة كالزيادة المتصلة والتصرف فى الشئ ووفاة الموهوب له ولو قام سبب الرجوع قبل الوفاة . بل و لم يحاول القانون حماية الواهب فى صور كان من الممكن فيها ألا يهدر حق الرجوع إهدارا تاما كحالة التصرف فى الشئ الموهوب أو هلاكه حيث كان يمكن النص على انتقال حق الواهب إلى ما يحل محل الشئ من ثمن أو تعويض . وإذا كان هذا هو مبلغ حرص القانون على حماية الواهب فإنه يصعب القول بأن حق الرجوع يبقى رغم التنازل عنه .

ومهما يكن من أمر فلا شك فى صحة التنازل عن استعمال حق الرجوع بعد قيام سببه كالتنازل بعد حدوث الجحود من الموهوب له أو بعد ميلاد طفل للواهب مثلا " .

١٢٧ـ دعـــوى الرجـــوع عن الهبة :

لم يفرد القانون دعوى الرجوع فى الهبة بأحكام خاصة، ومن ثم تطبق عليها القواعد العامة .

فإذا كانت دعوى الرجوع تهدف إلى استرجاع عقار فإنه يجب التأشير بالدعوى في هامش تسجيل الهبة أو تسجيل الدعوى إذا كان عقد الهبة لم يشـــهر (م١٥ مـــن قانون الشهر العقارى) ويترتب على التأشير بدعوى الرجوع أو تسجيلها أن يكون حق الواهب إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القـــانون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعـــاوى أو التأشـــير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كســـب حقـــه بحسن نية قبل التأشير بالدعوى أو تسجيلها على النحو السابق .

ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه الدعوى (م١٧ من قانون الشهر العقارى) .

وتطبـــيقا للقواعـــد العامـــة لا تسقط دعـــوى الرجـــوع إلا بمضى خمس عشرة سنة من وقت علم الواهب بقيام سبب الرجوع[1].

---

(١) أكثم الخولى ص ١٨٣ .

هدايا الخطبة

١٢٨ ـ المقصود بهدايا الخطبة :

هدايا الخطبة هى ما يقدمه كل من الخاطب والمخطوبة إلى الآخر إبان فـــترة الخطبة ، بقصد تودد كل منهما إلى الآخر وتأكيد الصلة الجديدة بينهما .

والهبة مندوب إليها بشكل عـــام ، لذلك نص الفقهاء على استحباب الهدية بمناسبة الخطبة أخذا من عموم استحبابها [٢].

وتتمثل هدايا الطرفين عادة فى منقولات قابلة للاستهلاك أو غير قابلة له ، كالملابس وأدوات الزينة والمأكـــولات والحلى والأجهزة الكهربائية وأحـــيانا يقدم الخاطب إلى مخطوبته مبالغ نقدية فى بعض المناسبات على سبيل الهدية.

١٢٩ ـ هل تعتبر الشبكة من هدايا الخطبة :

الشبكة هى ما يقدمه الخاطب إلى المخطوبة عند الخطبة وبمناسبتها من أشياء ذات قيمة غالبا ما تكون حليا ، وتكون فى بعض الحالات مبلغا من النقود . وتختلف قيمة الشبكة عادة باختلاف يسار الخاطب واستعداده ، ومركز المخطوبة ومركز أسرتها .

---

(٢) راجع فى تفصيل ذلك رسالة الدكتور عبد الرحمن عتر خطبة النكاح ص ٣٤٣ وما بعدها .

والأصـــل أن الشـــبكة من هدايا الخطبة ولا تكون من المهر ولا تأخذ حكمه إلا فى حالتين :

الأولى : أن يتفق عليها مع المهر .

الثانية : أن يجرى العرف على اعتبارها من المهر [١].

وقـــد جرى العرف فى أغلب بلدان مصر على اعتبار الشبكة جزءا من المهـــر ، بل تعارف الناس نقصان المهر بقدر قيمة الشبكة عند تقديمها ، وزيادته بقدرها إذا لم تقدم ، لأنها ستشترى منه بمعرفة المخطوبة [٢].

---

(١) ذلك أن العرف له اعتباره فى الشريعة الإسلامية، فالثابت بالعرف كالثابت بالنص . وقد جاء بمجموعة رسائل ابن عابدين — الجزء الثانى ص ١١٥ عن العرف ما يأتى :
" وأعلم أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله سبحانه وتعالى خذ العفو وأمر بالعرف وقال فى الأشباه القاعدة السادسة العادة محكمة وأصلها قـــوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، قال العلائى لم أجده مرفوعا فى شئ من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه موقوفا عليه أخرجه الإمام أحمد فى مسنده (واعلم) أن اعتباره العادة والعرف رجع إليه فى مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا فقالوا فى الأصول فى باب ما تترك به الحقيقة تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة هكذا ذكر فخر الإسلام انتهى كلام الأشباه وفى شرح الأشباه للبيرى قال فى المشرع الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى وفى المبسوط الثابت بالعرف كالثابت بالنص انتهي " .

(٢) الشيخ حسنين محمد مخلوف مفتى الديار المصرية سابقا فتاوى شرعية وبحوث إسلامية الجزء الثانى ص ٥٦ وما بعدها — الدكتور محمد على محجوب ، فيذهب فى مؤلفه الشريعة الإسلامية ١٩٨٦/١٩٨٧ ص ١٢٠ إلى —

وقـــد أفتت دار الإفتاء المصرية بما هو أبعد مدى من ذلك وبأن العرف جـــرى باعتبار الشبكة جزءا من المهر ، دون أن تستثنى بعض الجهات من هذا العرف .

فقـــد أفتت بتاريخ ٢١ يناير سنة ١٩٧٠ فى الطلب رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بأن :

" المقـــرر شرعا أن الخطبة ليست عقدا ولا زواجا ، ولا يترتب عليها شئ من آثار العقد والزواج والشبكة التى تقدم للمخطوبة قد جرى العرف باعتبارها جزءا من المهر وقد جرينا فى الإفتاء على هذا وما دامت الشبكة قـــد اعتبرت عرفـــا جزءا من المهـــر فإنها تأخذ حكمه .... الخ " — **أيضا الفتوى الصـــادرة بتاريخ ١٩٦٥/١٢/١٥ فى الطلب رقم ٧٧٢ لسنة ١٩٦٥ .**

إلا أن الـــبادى مـــن قضاء محكمة النقض أنها لم تسلم بوجود العرف المشار إليه واعتبرت الشبكة من قبيل هدايا الخطبة ويسرى عليها ما يسرى على هذه الهدايا من أحكام .

وهـــذا القضاء لا يسرى على الحالات التى يتفق فيها على الشبكة مع المهر ، لأنها بحكم هذا الاتفاق تكون قد اعتبرت جزءا من المهر .

= أن الراجح الآن أن الشبكة تأخذ حكم المهر لأن كثيرا من الناس يتفقون عليها فى العقد وهذا يخرجها عن دائرة الهدايا ويلحقها بالمهر .

حكم رد هدايا الخطبة عند العدول عن الخطبة :

١٣٠ـ أولاً : الحكم قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية :

(أ)– قضاء محكمة النقض :

ذهبت محكمة النقض إلى أن الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية إلا أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر ومنها الشبكة إبان الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل ، وإنما تعد من قبيل الهبات وتخضع لأحكام الهبة المنصوص عليها فى القانون المدنى، وبالتالي يحكم رد هذه الهدايا الأحكام الواردة فى المادة (٥٠٠) وما بعدها من التقنين المدنى.

وقد أوردت تفصيلا لذلك فى قضائها إذ ذهبت إلى أن :

١– " الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر – ومنها الشبكة – إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل لأنها ليست ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه إذ يتم الزواج صحيحا بدونها ولا يتوقف عليها ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيدا عن المساس بعقد الزواج وما هو متعلق به ويخرج بذلك عن نطاق الأحوال الشخصية. وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ويسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدنى وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة باعتبارها عقدا ماليا كسائر العقود واستمد أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية .

ومـــن ثم فالمعول عليه فى حق الخاطب فى استرداد تلك الهدايا هو أحكام الرجوع فى الهبة الواردة فى المادة ٥٠٠ وما بعدها من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٠/٢٤)

٢- " الهدايـــا الـــتى يقدمهـــا أحد الخاطبين للآخر إبان الخطبة ومنها الشـــبكة تعتبر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — من قبيل الهبات فيسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدنى ، ولما كان الســـبب ركـــنا من أركان العقد وينظر فى توفره أو عدم توفره إلى وقت انعقاد العقد وكان العقد قد انعقد صحيحا بتوفر سببه فإنه لا يمكن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده ، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فإن فسخها لا يمكن أن يودى إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الزواج " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦)

و بالترتيـــب عـــلى القضاء السالف ، فإن هدايا الخطبة تكون محكومة بالنصوص الواردة بالتقنين المدنى .

ومن ثم كان يتعين للرجوع بالتقاضى فى هذه الهدايا باعتبارها هبة ، أن يستند الواهب فى ذلك إلى غدر مقبول وألا يوجد مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها بالمادة ٥٠٢ مدنى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط فى الرجوع فى الهبة على ما نصت عليه المادة ٥٠٠ من القانون المدنى فى حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب فى الرجوع إلى عذر يقبله القاضى وألا يوجد مانع من موانع الرجوع ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد أعملت هذه المادة وانتهت إلى عدم أحقية الطاعن فى استرداد مبلغ الشبكـة لما رأته فى حـدود سلطتها التقديرية وللأسباب السائغة التى أوردتها من انتفاء العذر المقبول الذى يبرر رجوع الطاعن فى هبته فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٠/٢٤)

٢- " وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه لما كان النص فى المادة الأولى من القانون المدنى على أن " تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فحواها فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، مفاده — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — لا يجوز التحدى بالعرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعى ، لما كان ذلك وكان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر ومنها الشبكة تعتبر من قبيل الهبات فيسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدنى ، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات باعتبارها

الباعث الدافع على التبرع فإن العدول عنها من جانب الخاطب لا يمكن أن يؤدى إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الخطبة وإذ كان حق الخاطب فى استرداد تلك الهدايا يخضع لأحكام الرجوع فى الهبة الواردة فى المادة ٥٠٠ وما بعدها من القانون المدنى وكانت المادة المذكورة تشترط للرجوع فى الهبة فى حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب فى الرجوع إلى عذر يقبله القاضى ، وكان الحكم المطعون فيه وإن انتهي صحيحا إلى أن العدول عن الخطبة كان بسبب يرجع إلى المطعون ضده وقضى لذلك بعدم أحقيته فى الرجوع فى هبته التي تعلقت بها هدايا الخطبة مما كان لازمه والشبكة أيضا من الهدايا على النحو السالف أن يقضى أيضا بعدم أحقيته فى استردادها ، وإذ خالف هذا النظر واعتبر الشبكة جزءا من المهر استنادا إلى عرف لم يبن مصدره وإلى ما ورد بمذكرة شقيق الطاعنة وقضى لذلك بأحقيته فى استردادها مع أن ما ورد بتلك المذكرة لا يؤدى إلى ما استخلصه منها فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ٨٧٥٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٥/١٥)

ومن الأعذار الأخرى المقبولة — التى لم ترد بالمادة ٥٠١ مدنى- التى تبرر للخاطب الرجوع فى هدايا الخطبة ما يأتى:

١- عـــدول المخطوبة عن الخطبة بسبب لا يرجع إلى الخاطب كتغيير رأيها بشأنه .

٢- امتناع المخطوبة دون مبرر عن العقد عليها .

٣- عـــدول الخاطـــب عن الخطبة لسبب يرجع إلى المخطوبة ، ومثال ذلك أن تعلن المخطوبة امتناعها عن الدخول بمسكن الزوجية الذى أعده الخاطب رغم توافر شروطه الشرعية .

ويقـــع على الخاطب طالب الرجوع بوصفه مدعيا عبء إثبات العذر المقبول الذى يبرر الرجوع فى الهبة .

(ب) – رأينا الخاص فى رد هدايا الخطبة :

ذكـــرنا فى مؤلفـــنا موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية فى طـــبعاته المتعددة رأينا فى هدايا الخطبة وهى أنها تعد من مسائل الأحوال الشخصـــية وبالتالي تسرى على ردها أحكام الشريعة الإسلامية ويحكمها تحديـــدا الـــرأى الراجح من مذهب أبى حنيفة ، عملا بالمادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ – (الملغى) والتى حلت محلها المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ – التى كانت تجرى عـــلى أن : " تصـــدر الأحكـــام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشـــرعية عـــلى قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد " .

وتفسير ذلك ، أن الخطبة تمهيد لعقد الزواج ، وهو من مسائل الأحوال الشخصية ولذلك تعد الخطبة من مسائل الأحـــوال الشخصية - وهو ما أكدته محكمة النقض أيضا – والهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر إبان فترة الخطبة سببها الخطبة ومقصود بها تأكيد معنى الخطبة، فهى هبات تتعلق بالخطبة والتى تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ، ومن ثم فإنه عملا بقاعدة الفرع يتبع الأصل ، فإن هذه الهبات تعد من مسائل الأحوال الشخصية ولا ينال من ذلك أن هدايا الخطبة ليست ركنا من أركان عقد الزواج ولا شرطا من شروط صحته [١]، فالمهر ليس ركنا من أركان عقد الزواج ولا شرطا من شروط صحته ، ومع ذلك فإنه بإجماع الآراء من مسائل الأحوال الشخصية وبالتالي يتعين تطبيق أحكام المذهب الحنفى على رد هدايا الخطبة [٢] .

وسنرى أن القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ أخذ بهذا الرأى.

---

(١) من هذا الرأى الدكتور عبد الناصر العطار خطبة النساء فى الشريعة الإسلامية ص ١٠٧ .

(٢) أنظر فى حكم هذا المذهب والمذاهب الأخرى البند التالى .

١٣١. ثانيا : الحكم بعد العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية [1] :

رأينا سلفا أن محكمة النقض ذهبت إلى أن الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية إلا أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر ومنها الشبكة إبان الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل، وإنما تعد من قبيل الهبات وتخضع لأحكام الهبة المنصوص عليها فى التقنين المدنى . وبالتالي يحكم رد هذه الهدايا الأحكام الواردة فى المادة (٥٠٠) وما بعدها من هذا التقنين .

ولما صدر القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية نص فى مادته التاسعة الواردة بالباب الثانى الخاص بـ " اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية" - الفصل الأول " الاختصاص النوعى" على أن :

"تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل الواردة بهذه المادة ......

أولاً : المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

....

٥- دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها .... الخ " .

---

(١) الجريدة الرسمية العدد ٤ (مكرر) فى ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ - وعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره (م٦ من قانون الإصدار) أى اعتباراً من أول مارس ٢٠٠٠ .

والمقصـود بمـا هـو فى حكم الشبكة هدايا الخطبة التى يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر إبان فترة الخطبة .

ومفـاد ذلـك أن المشرع اعتبر الشبكة وغيرها من هدايا الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية :

وإذ لم يـنظم رد الشبكة وغيرها من هدايا الخطبة أحد قوانين الأحوال الشخصـية السـارية فإنـه ينبنى على ذلك خضوع رد الشبكة والهدايا المذكـورة لأرجح الأقوال من مـذهب الإمام أبى حنيفـة – وليسـت لأحكام رد الهبات المنصوص عليها بالتقنين المدنى – عملا بالفقرة الأولى مـن المـادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التى تقضـى بأن : " تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمـول بهـا، ويعمـل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة " .

ويذهب الأحناف إلى أن هدايا الخطبة تأخذ حكم الهبات ويجرى عليها حكم الرجوع فى الهبات .

فيجـب رد الهدايا إلى الطرف الذى قدمها إذا فسخت الخطبة ، ما لم يوجد مانع يمنع من الرجوع فيها .

وموانع الرجوع سبعة هى :

١- زيادة الموهوب .

٢- موت الواهب أو الموهوب له .

٣- إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة .

٤- خروج الموهوب عن ملك الموهوب له .

٥- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر .

٦- إذا كانت الهبة لذى رحم محرم .

٧- إذا هلكت العين الموهوبة فى يد الموهوب له [(١)].

وقد جاء بكتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا ما يأتى :

(مادة ٥١٥) يصح الرجوع فى الهبة كلاً أو بعضا ولو أسقط الواهب حقه ما لم يمنع من الموانع المذكورة فى المواد السبعة الآتية .

(مادة ٥١٦) إذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمتها امتنع الرجوع فيها ولا يمتنع لزيادة سعرها ولا يمتنع الرجوع بالزيادة المنفصلة المتولدة من العين الموهوبة أو غير المتولدة وإذا ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع .

(مادة ٥١٧) إذا مات أحد العاقدين بعد قبض الهبة سقط الرجوع فيها.

---

(١) شرح فتح القدير جـ٨ طبعة ١٩٧٠ ص ٤٦١ وما بعدها — حاشية ابن عابدين جـ٥ طبعة ١٩٦٦ ص ٦٩٨ وما بعدها- وقد جاء به قال الرملى : قد نظم ذلك والدى شيخ الإسلام محيى الدين فقال :

منع الرجوع من المواهب سبعة   فزيادة موصولة موت عوض

وخروجها عن ملك موهوب له   زوجية قرب هلاك قد عرض

(مادة ٥١٨) إذا خرجت العين عن ملك الموهوب له فـإن كان خروجها من يده خروجا كليا امتنع الرجوع فيها وإن كان خروجها لا بالكلية فلا يمتنع الرجوع فلو باع بعضه فللواهب الرجوع فى الباقى .

(مادة ٥١٩) إذا وهب أحد الزوجين بعد الزفاف أو قبله هبة للآخر فلا رجوع له فيها ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة وإذا وهبت المرأة لزوجها داراً بها متاع لها صحت الهبة وإن كانت مشغولة بملكها .

(مادة ٥٢٠) من وهب هبة لذى رحم محرم منه ولو ذمياً أو مستأمناً أو غير مستأمن فلا رجوع له عليه فإن وهب لذى رحم غير محرم أو لمحرم غير ذى رحم أو لمحرم بالمصاهرة وأراد الرجوع فله ذلك .

(مادة ٥٢١) إذا هلكت العين الموهوبة فى يد الموهوب له أو استهلكت سقط حق الرجوع فيها فإن استهلك البعض فللواهب الرجوع فيما بقى .

(مادة ٥٢٢) إذا أضاف الموهوب له بعد العقد عوضاً للهبة وقبضه الواهب مفرزا مميزاً إن كان مما يحتمل القسمة سقط حق رجوعه بشرط أن لا يكون العوض بعض الموهوب فإن عوضه البعض عن الباقى فله الرجوع فى الباقى وإن عـوض النصف فله الرجوع فى النصف ولا يضر الشيوع الحاصل بالرجوع .

ولا يفـرق الأحـناف بين ما إذا كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب أو المخطوبة ، وما إذا كان العدول بمبرر أو بغير مبرر [1].

---

(١) أما المذاهب الأخرى فحكمها كالآتى :

(أ) المذهب المالكى :

فى المذهب المالكى قولان : =

الأول : أنه ليس للخاطب حق الرجوع على المخطوبة بشئ وليس له أن يسترد ما قدم من الهدايا ، ولو كان العدول عن الخطبة من ناحيتها . وهذا أصل المذهب .

الثانى : أنه إذا وجد شرط بين الطرفين ، أو عرف بين الناس عمل به ، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا . أما إذا لم يوجد شرط أو عرف ، فإذا كان العدول من جانب المخطوبة، جاز للخاطب أن يرجع بكل هداياه سواء فى ذلك القائم منها أو الهالك.

أما إذا كان العدول من الخاطب ، فليس له أن يرجع بشئ من الهدايا والرأى الأخير هو المفتى به فى المذهب .

(ب) المذهب الشافعى :

فى هذا المذهب يحق للمهدى استرداد هداياه سواء كان الخاطب أو المخطوبة، فإذا كانت قائمة ردت بذاتها ، وإن كانت هالكة أو مستهلكة فإنه يرد المثل أو القيمة بحسب الأحوال .

(ج) المذهب الحنبلى :

أجاز هذا المذهب الرجوع فى هدايا الخطبة إذا كان العدول من جانب المخطوبة لأن الخاطب إنما أهدى ليتزوج ولم يتحقق غرضه ، أما إن كان العدول منه فلا رجوع .

ويسترد الهدية إن كانت قائمة أو بدلها إن كانت هالكة أما إذا كان عدم إتمام الزواج بسبب خارجى – لا علاقة للخاطبين به– فلا يرجع فى الهدية تمشيا مع المبدأ العام فى المذهب وهو عدم الرجوع فى الهدية ، ومثل ذلك موت الخاطب أو موت المخطوبة .

وموانع الرجوع فى الهبة السبعة سالفة الذكر تطابق الموانع التى نصت عليها المادة ٥٠٢ مدنى — عد المانع الأخير الوارد بها .

غير أن من موانـــع الرجوع فى الهبة التى يغلب أن تثور فى التطبيق العملى ما يأتى :

١- تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفا نهائيا.

٢- هلاك العين الموهوبة فى يد الموهوب له .

٣- موت الخاطب أو المخطوبة .

ونحيل فى التفصيلات إلى ما شرحنا سلفا.

ونعرض لفتوى صادرة من دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٦٠/٦/٢٧ فى الطلب رقم ٨٠٢ سنة ١٩٦٠.

" إن المنصوص عليه شرعا فى مذهب الحنفية المعمول به أنه لا رجوع فيما بعث به أحد الزوجين للآخر أثناء قيام الزوجية بينهما — أما إذا كان الإرسال قبل إتمام الزواج بينهما كما فى الحادثة موضوع السؤال فإن له الرجوع فيما أرسله متى كان قائما ، أما إذا كان هالكا أو مستهلكا فإنه لا يرجع بشئ منه لأنه فى معنى الهبة ، وهلاك الموهوب أو استهلاكه مانع من الرجوع فيه ، هذا هو مذهب الحنفية المعمول به . أما على المفتى به من مذهب المالكية فإنه لا يخلو إما أن يكون الرجوع عن إتمام الزواج من

قبل الزوج أو من قبلها ، فإن كان العدول من قبله لا يرجع بشئ من الهدايا باقية كانت أو هالكة ، وإن كان العدول من المخطوبة يرجع بكل الهدايا سواء كانت باقية أم هالكة ، وإذا كانت هالكة يرجع ببدلها ، إلا إذا كان هناك عرف أو شرط بخلافه فإنه يعمل به . وهذا التفصيل حسن ونرى الأخذ والإفتاء به وقد جرت فتوانا عليه . والله أعلم " .

موضــــوع رقم (١٣)

(آثار الرجوع فى الهبة)

١٣٢ – النصوص القانونية :

المادة (٥٠٣) مدنى :

" ١- يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن.

٢- ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع ، أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الشئ الموهوب " .

المادة (٥٠٤) مدنى :

" ١- إذا استولى الواهب على الشئ الموهوب ، بغير التراضى أو التقاضى ، كان مسئولا قبل الموهوب له عن هلاك الشئ سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبى لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال .

٢- أما إذا صدر حكم بالرجوع فى الهبة وهلك الشئ فى يد الموهوب له بعد إعذاره بالتسليم ، فيكون الموهوب له مسئولا عن هذا الهلاك ، ولو كان الهلاك بسبب أجنبى " .

١٣٣ـ اعتبار الهبة كأن لم تكن :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٠٣ مدنى على أنه يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن .

وعلى ذلك إذا تم الرجوع فى الهبة سواء بالتراضى أو بالتقاضى ، كان هذا فسخا لها وترتب عليه آثار الفسخ من حيث انحلال العقد بأثر رجعى وقد أخذ المشرع فى هذا الحكم بالراجح فى المذهب الحنفى [١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وإذا تم الرجوع فى الهبة ، بالتراضى أو بالتقاضى،كان هذا فسخا لها، وكان للفسخ أثر رجعى ، فتعتبر الهبة كأن لم تكن " [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد الفقرة الأولى من المادتين ٥٠٠ ، ٥٠٣ من القانون المدنى أنه إذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة وتراضى معه الموهوب له على هذا الرجوع، فإن هذا يكون إقالة من الهبة تمت بإيجاب وقبول جديدين ، غير أن الإقالة – بنص القانون – لها أثر رجعى فتعتبر الهبة كأن لم تكن ، لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الطاعن قد أقام دعواه بطلب الرجوع فى الهبة الصادرة منه للمطعون ضدهم الثلاثة الأول ومثل المطعون ضده الثالث أمام محكمة الاستئناف وسلم بطلبات الطاعن فقد تم التراضى بينهما على الرجوع فى الهبة فتعتبر كأن لم تكن بالنسبة له وإذ لم يعمل الحكم المطعون فيه أثر

---

(١) هذا هو رأى أبى حنيفة والصاحبين ، بينما يرى زفر أن فسخ الهبة بالتراضى هبة مبتدأة .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٩٧ .

ذلك التراضى فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق مما جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٢٩٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٥/١٢/٢٦)

١٣٤ـ ما يجب رده إلى الواهب :

يترتب على فسخ عقد الهبة واعتباره كأن لم يكن نتيجة للرجوع بالتراضى أو بالتقاضى التزام الموهوب له بأن يرد إلى الواهب ما يأتى :

١- رد الشئ الموهوب :

إذا كان الواهب لم يسلم الشئ الموهوب إلى الموهوب له فإنه لا يجوز تسليمه إليه .

أما إذا كان قد سلم إلى الموهوب له التزم الموهوب له برده إلى الواهب .

وإذا هلك الشئ الموهوب فى يد الموهوب له بفعله أو باستهلاكه إياه كان ضامنا لهذا الهلاك ووجب عليه تعويض الواهب. أما إذا هلك بسبب أجنبى فإن الهلاك يكون على الواهب .

أما إذا كان الواهب قد أعذر الموهوب له بالتسليم وهلك الموهوب بعد الإعذار فالهلاك يكون على الموهوب له ولو كان بسبب أجنبى(١) .

وهذا الحكم ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة ٢٠٧ مدنى (٢).

---

(١) السنهورى ص ٢٠٩ .

(٢) وتنص على أنه : " إذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشئ يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن ".

ولذلك يجب تطبيق نص الفقرة الثانية من هذه المادة التى تقضى بأنه ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، لو أعذر، إذا أثبت أن الشئ كان يهلـــك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة .

وينطق هذا الحكم سواء كان الرجوع بالتراضى أو بالتقاضى [1].

٢- رد الثمار :

لما كان الرجوع فى الهبة فسخا لها له أثره الرجعى، فكان مقتضى ذلك أن يرد الموهوب له الثمرات التى جناها من وقت العقد ، إلا أن المشرع رأى أن فى مطالبته بما هو مخصص بطبيعته للإنفاق ظلم له ، فأعفاه من الرد عن المدة السابقة على الرجـــوع [2] . فألزمته المادة ٢/٥٠٣ بـــرد الثمرات من وقـــت الاتفاق على الرجوع فى الرجوع الرضائى ومن وقت رفع الدعوى فى الرجوع القضائى .

٣- المصروفات :

يتعين التفرقة بين المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة والمصروفات الكمالية .

---

(١) أكثم الخولى ص ١٨٥ وهامش (١) .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٧١ .

فــإذا كــانت المصــروفات التى أنفقها الواهب من المصــروفات الضرورية [١]، كان للموهوب له الرجــوع بجميع مــا أنفقه من هذه المصروفات.

أما إذا كانت المصروفات نافعة [٢] رجع الموهوب له على الواهب بأقل القيمتين : المصروفات التى أنفقها أو زيادة قيمة الشئ الموهوب بسبب هذه المصروفات.

والغالب أن يكون ما أنفقه الموهوب له أكبر من قدر ما زادته هذه النفقات فى قيمة العين الموهوبة ، فيكون الفرق بينهما خسارة عليه . على أنه فى أحوال استثنائية قد تكون الزيادة فى قيمة العين بسببها أكبر مما أنفق

---

(١) المقصود بالمصروفات الضرورية ، المصروفات غير العادية التى يتعين إنفاقها للمحافظة على الشئ ، كمصروفات ترميم العين ترميما ضروريا ، أو مصروفات إنقاذ الشئ من حريق يوشك أن يلتهمه ولا يد للموهوب له فى هذا الحريق ، وهذه المصروفات يكون الواهب مضطرا لدفعها لو أن الشئ الموهوب بقى فى حيازته .

(٢) المقصود بالمصروفات النافعة ، هى المصروفات التى ينفقها الموهوب له على الشئ الموهوب لا للمحافظة على الشئ أو لإنقاذه من الهلاك ، بل لتحسينه وزيادة قيمته والإكثار من طرق الانتفاع به . مثل ذلك أن يدخل الإضاءة الكهربائية أو المياه الجارية فى الدار ، وأن ينشئ المراوى والمصارف فى الأرض الزراعية . فهذه مصروفات لم يكن يتعين على الواهب إنفاقها لو أن الموهوب بقى فى حيازته ، ولكنها مصروفات زادت فى قيمة العين وحسنت من الانتفاع بها .

فعلا لحصولها . فظاهر النص ألا يفيد الموهوب له من ذلك ، ولا يطالب بقيمة الذى أحدثه إتفاقه فى قيمة العين .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" (ب) – يجب على الموهوب له أن يرد الثمرات من وقت التراضى أو مـــن وقت رفع الدعوى ، وله أن يسترد جميع المصروفات الضرورية وأقل القيمتين من المصروفات النافعة " [١].

أما إذا كانت المصروفات كمالية [٢] ، فليس للموهوب له المطالبة بشئ منها ، وإنما يجوزله أن ينـــزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار الواهب أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقه الإزالة ، وذلك طبقا للقواعد العامة (م ٩٨٠/٣ مدنى) .

١٣٥ـ استيلاء الواهب على الشئ الموهوب :

تـــنص الفقرة الأولى من المادة ٥٠٤ مدنى على أنه إذا استولى الواهب على الشئ الموهوب ، بغير التراضى أو التقاضى كان مسئولا قبل الموهوب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٤ ص ٢٩٧ .

(٢) المقصود بالمصروفات الكمالية ، المصروفات التى لا تعود بكبير نفع على الشئ الموهوب ، ولكنها تنفق لتزيينه وتجميله على الوجه الذى يريده الموهوب له لاستمتاعه الشخصى ، كدهن الجدران بالزيت أو توريقها ووضع خشب "الباركية" فى أرضية الحجرات وتوسيع حديقة الدار وإنشاء نافورة مياه فيها، وترصيف مماشى الأرض الزراعية وإنارة هذه المماشى بالنور الكهربائى وإقامة التماثيل على جانبيها .

له عن هلاك الشئ سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبى لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال .

ويبرر ذلك أنه طالما لم يحدث رجوع رضائى أو قضائى فى الهبة ، فإن الهبة تكون لازمة ويضحى الموهوب من حـــق الموهوب له ، فإذا استولى الواهب عليه أجبر على إعادته للموهـــوب له ، فإن هلك فى يد الواهب، كان مسئولا قبل الموهوب له عن هذا الهلاك أيا كان سببه ، أى سواء كان بفعل الواهب أو بالاستعمال أو بسبب أجنبى لا يد له فيه.

١٣٥– آثار الرجوع بالنسبة للغير :

لا مجـــال للتصـــدى لآثار الرجوع بالنسبة للغير ، فى حالة التصرف تصرفا نهائـــيا فى الشئ الموهوب ، لأن هذا التصرف – كما رأينا – مانع من موانع الرجوع فى الهبة ، فلا نكون أمام رجوع عن الهبة أصلا .

وكذلك بالنسبة للرهن التأمينى لوجود نص صريح يقضى ببقاء الرهن قائمـــا لمصلحة الدائن المرتهن ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن . فقد نصت المادة ١٠٣٤ مدنى على أن " يبقى قائما لمصـــلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن .

وبذلـــك ينحصر البحث فى أثر الرجوع عن الهبة بالنسبة للغير بالنسبة للحقوق العينية الأخرى.

وقد خلا التقنين المدنى من نص على أثر الرجوع فى الهبة بالنسبة للغير . ومن ثم يجب تطبيق القواعد العامة [1].

---

(١) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا صريحا فى هذا المعنى إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٨٧ من المشروع (المقابلة للمادة ١/٥٠٣ من القانـــون) على أن : " يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو التقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن ، **وذلك دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق** " .

وجاء بشأنها بمذكرة المشروع التمهيدى : " يجب على الموهوب له أن يرد الشئ الموهوب إلى الواهب ، فإن هلك قبل الرد بعد إعذاره بالتسليم كان مسئولا عن الهلاك حتى لو كان بسبب أجنبى ، **على أن الموهوب يعود للواهب مثقلا بما كسبه الغير حسن النية من حقوق** .... إلخ " وفى لجنة المراجعة أضيفت كلمة "بعوض" تمشيا مع المادة ٦٤٥ من المشروع وهى المقابلة للمادة ٤٧٨ من المشروع (المادة ٤٧٨ من القانون) الخاصة بآثار البيع فى مرض الموت وصار رقم المادة ٥٣١ . ووافق مجلسا النواب والشيوخ على المادة ٥٣١ وصار رقهما ٥٠٣. غير أن عبارة (**على أن الموهوب يعود للواهب مثقلا بما كسبه الغير حسن النية من حقوق**) حذفت من النص ولا يظهر من الأعمال التحضيرية أين وكيف حذف هذا النص .

مما حدا البعض إلى القول بأن حذفها جاء اكتفاء بالقواعد العامة (السنهورى ص ٢١١ هامش ٢) بينما ذهب البعض الآخر إلى أن حذفها نتيجة خطأ مادى يجب إغفاله وإعمال هذا الجزء من النص على أنه وارد فى التقنين (أكثم الخولى ص ١٨٦) .

(راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٤ ص ٢٩٥ وما بعدها)

و هذه القواعد تفرق بين ما إذا كان المال الموهوب عقارا أو منقولا. **فــإذا كان الشئ الموهوب عقاراً** و ترتب حق الغير على العقار الموهوب بعد تسجيل صحيفة دعوى الرجوع فى الهبة أو بعد تسجيل التراضى على الرجوع فى الهبة . فإن حق الغير فى هذه الحالة لا يسرى بالنسبة للواهب. ويكون للغير الرجوع على الموهوب له بالتعويض طبقا للقواعد العامة .

أما إذا كان حق الغير قد ترتب قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع أو قبل تسجيل التراضى على الرجوع ، فإنه إذا كان الغير حسن النية أى لا يعلم قيام عذر مقبول للرجوع فى الهبة ، سرى حقه بالنسبة إلى الواهب ، الذى يسترد المال الموهوب مثقلا بالحق العينى المترتب على الغير . أما إذا كــان الغـــير ســـئ النية ، أى يعلم وقت كسبه للحق قيام عذر مقبول للرجوع فى الهبة فإن حقه لا يسرى بالنسبة إلى الواهب ، واسترد الواهب العقار خاليا من حقوق الغير ، ورجع الغير على الموهوب له طبقا للقواعد العامة[1] .

أمـــا إذا كـــان الشئ الموهـــوب منقـــولا وتم الرجـــوع بالتراضى فلا يؤثر الرجوع على حقوق الغير ويعود الشئ للواهب مثقلا بها .

أما إذا تم الرجوع بحكم قضائى فإن حكم القضاء يكون له أثر رجعى بالنسبة إلى الغير فيسترد الواهب المنقول خاليا من حقوق الغير . ما لم

---

(١) السنهورى ص ٢١١ وما بعدها .

يكن الغير قد حاز الحق بحسن نية وحاز المنقول ليمارس حقه بحسن النية إذ تحميه قاعدة الحيازة فى المنقول سبب الملكية ولا يسترد الواهب المنقول إلا مثقلا بهذا الحق [١].

---

(١) محيى الدين علم الدين ص ٥٧ .

(العقد الثانى)

(عقد الصلح)

موضــوع رقــم (١٤)

(تعريف الصلح – فائدة الصلح – مقومات الصلح – تمييز الصلح عما يلتبس به)

١٣٦– تعريف الصلح لغة :

الصلح فى اللغة اسم بمعنى المصالحة وهى المسالمة خلاف المخاصمة .

وقد جاء بالمعجم الوجيز [1]: " الصلح إنهاء الخصومة " .

١٣٧– تعريف الصلح شرعاً :

الصلح شــرعا عقد يرفع النــزاع ويقطع الخصــومة بين المتصالحين بتراضيهما. فإذا ادعى إنسان على آخر حقا فصالحه عنه المدعى عليه جاز، وكان طالب الحق مصالحا والمطالب به مصالحا ، والحق المطلوب مصالحا عنه ، وما أعطى للطالب مصالحا عليه ، أو بدل صلح[2] .

---

(١) إصــدار مجمع اللغة العربية الطبعــة الأولى سنة ١٤٠٠ للهجرة (١٩٨٠) ص ٣٦٨.

(٢) الأستاذ على الخفيف مختصــر أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثالثة ١٣٧٠ هـــ – ١٩٥٠ م ص ٢٤٤ – وقد جاء بتكملة ابن عابدين الجزء الثامن ص ٢١٦ وما بعدها أن الصلح هو لغة اسم من المصالحة وشرعا عقد يرفع النــزاع ويقطع الخصومة .

١٢٨- تعريف الصلح قانونا :

عـــرف المشرع الصلح في المادة ٥٤٩ من التقنين المدنى الجديد بأنه : " عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن ينـــزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه " .

وهذا التعريف أدق من التعريف الذى أتى به المشرع الفرنسى فى المادة ٢٠٤٤ مـــن المجموعة المدنية ، إذ جاء هذا التعريف غفلا من الإشارة إلى أهم خصائص الصلح وهى تنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه .

كمـــا أنـــه أدق من التعريف الذى أورده التقنين المدنى الملغى فى المادة ٥٣٢/ ٦٥٣ بـــأن الصــــلح " عقد به يترك كل من المتعاقدين جزءا من حقوقه على وجه التقابل لقطع النـــزاع أو لمنع وقوعه " ، ذلك أنه لا يلزم حـــتما أن يكون لكل من المتصالحين حقوق ثابتة فيتنازل عن جزء منها . إنمـــا يكفى أن يكون لأحد الطرفين مجرد ادعاء ليقوم الصلح على أساس التـــنازل عن هذا الادعاء ، ولو لم يكن هذا الادعاء مستندا إلى حق ثابت لا مرية فيه [١].

١٣٩- فائدة الصلح :

يحقـــق الصـــلح فائدة هامة للمتصالحين وللمجتمع كله ، وذلك على النحو الآتى :

---

(١) الدكتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد فى التأمين والعقود الصغيرة الطبعة الثانية ١٩٥ ص ٢٩١ .

١- تخفيف العبء على الخصوم :

يحقق الصلح منع الدعاوى التي تكون سببا فى ضياع الوقت وكثرة النفقات ، وهو ما ينطوى على التخفيف على المتصالحين ، ذلك أن إجراءات التقاضى تنطوى على الكثير من التعقيد والمشقة كما أنها تستغرق وقتا طويلا وتكاليف باهظة ، وفى هذا عنت للخصوم واستنزاف لجهودهم وأموالهم .

ولذلك قيل : " صلح مجحف خير من حكم منصف " .

٢- تحقيق العدالة :

حسم النزاع بين الطرفين بعقد الصلح أدعى إلى الإنصاف و أدنى إلى تحقيق العدالة ، ذلك أن الطرفين هما – ولا ريب – أعلم من غيرهم بمدى استحقاق كل منهم فيما يدعيه أو فيما يدعى عليه .

أما اللجوء إلى القضاء فنتيجته غير مضمونة ، لأن القاضى لا يقضى بعلمه ، وإنما من واقع الأوراق والمستندات المقدمة إليه ، وقد يكون لبعض الخصوم من الدهاء وسعة الحيلة بحيث يلبس الحق بالباطل فيحكم لصالحه وهو لا حق له .

٣- تخفيف العبء على الحاكم :

لا شك أن فى إنهاء النزاع صلحا قبل اللجوء إلى القضاء أو بعد اللجوء إليه ، يخفف العبء الواقع على القضاء ليتفرغ للفصل فى المنازعات الأخرى ، لا سيما بعد ازدياد حجم المنازعات أمام القضاء فى الآونة الحاضرة .

٤- نشر السلام الاجتماعى :

عقد الصلح بإنهائه للنــزاع القائم أو المحتمل بين الطرفين إنما يسهم فى تحقيق السلام الاجتماعى ، وإشاعة الأمن والسلام بين أفراد المجتمع ، ذلك أنه يستأصل شافة الخصومة ويؤلف القلوب المتنافرة ويضع حدا لما تتركه الخصومات من أحقاد وضغائن فى الصدور [1].

١٤٠- مقومات الصلح :

يــبين مــن تعريف عقد الصلح الوارد بالمادة ٥٤٩ مدنى أنه بجانب الأركــان العامة التى يجب توافرها على العموم ، يوجد للصلح مقومات خاصة تميزه عن غيره من العقود .

وهذه المقومات هى :

١- نزاع قائم أو محتمل .

٢- نية حسم النــزاع .

٣- نــــزول كل من المتخاصمين على وجه التقابل عن جــزء من ادعائه .

ونعرض لهذه المقومات تفصيلا فيما يلى .

١٤١- أولا : نزاع قائم أو محتمل :

الصـــلح عقد يستهدف حسم النــزاع ، فحيث لا نزاع فلا صلح ، فالصلح لا يقوم إلا مرتكزا على نزاع ، ويجب أن يكون النــزاع جديا.

ومــثال ذلــك أن يطالب أحمد باستحقاقه بقطعة أرض تحت يد بكر الــذى يدعى ملكيته لها ، فيتصالح أحمد وبكر ، بأن يعترف بكر بملكية

---

(١) الدكتور يس محمد يحيى عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدنى سنة ١٩٧٨ ص ٢٢ وما بعدها — محمد على عرفه ص ٢٩٢ .

أحمـــد لـــلأرض ، ويتفق أحمد على أن يترك الأرض تحت يد بكر بصفته مستأجرا مدة من السنين .

ومن أمثلة الاتفاقات التى لا تعتبر من قبيل الصلح :

١- أن يتـــنازل المؤجـــر للمســـتأجر عن بعض الأجرة ليسهل عليه الحصول على الباقى ، فهذا إبراء من بعض الدين وليس صلحا (١).

٢- الاتفـــاق الذى يعقده المدين مع دائنه الذى يهدده بتقديمه للعدالة بتهمة خيانة الأمانة ، إذا اتفق مع الدائن على أن يؤجل تقديم شكواه إلى أجـــل معـــين ، وتعهد فى مقابل ذلك أن يوفى ما فى ذمته إلى الدائن قبل حلـــول الأجل المحدد ، مثل هذا الاتفاق لا يعتبر صلحا إذ ليس ثمة نزاع على حق ، ولا تضحيات مبذولة من كلا الطرفين . وكل ما هنالك أن الدائن قد تعهد بعدم اتخاذ إجراءات ضد المدين قبل مضى مدة معينة ، فلا تســـرى على مثل هذا الاتفاق أحكام الصلح ولو خلع عليه الطرفان هذا الوصف (٢).

٣- الاتفـــاق الـــذى يتضمن متابعة الدعوى أو النـــزاع . لأن هذا الاتفاق لاينهى النـــزاع القائم .

وإذا اتفـــق الطرفان على إجراء ما أسمياه صلحا رغم علمهما بانعدام النـــزاع- كأن يصطلحا على تنفيذ تصرف يعلمان أنه باطل — فلا محل للقـــول ببطلان هذا التعاقد إذ هو صحيح ولكنه يكون هبة أو إبراء من الـــدين ، كما يمكـــن أن معاوضة إذا كـــان ينشئ التزامات على عاتق الطرفين.

وكانت المادة ٧٤٠ من المشروع التمهيدى تنص على أن : " إذا كان ما يسميه المتعاقدان صلحا إنما ينطوى ، رغم هذه التسمية ، على هبة أو بيع أو أية علاقة قانونية أخرى ، فإن أحكام العقد الذى يستره الصلح هى

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٤ ص ٤٤ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٠٥ هامش (١) .

التى تسرى على الاتفاق ، من حيث صحته ، ومن حيث الآثار التى تترتب عليه" ، إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة اكتفاء بتطبيق قواعد الصورية (1).

ويجوز أن يكون الصلح جزئيا على بعض النقاط المتنازع عليها ، ويترك باقى النقاط للفصل فيها من القضاء (2).

ولا يشترط أن يكون النزاع قائما بالفعل ، بل يكفى أن يكون وقوع النزاع محتملا بين الطرفين فيكون الصلح لتوقى هذا النزاع .

ومعيار النزاع المحتمل يستمد من وجود أو انعدام حق الدعوى للطرفين فحيث تتوافر عناصر الدعوى ويجعل وجود حق الدعوى قيام الخصومة ممكنا يكون هناك محلا للصلح وإلا فلا .

وتفريعا على ذلك لا يجوز الصلح عن الحقوق الاحتمالية إلا إذا توافرت للطرفين المصلحة القائمة المحققة بمعناها كشرط لثبوت حق الدعوى ، فلا تعتبر صلحا الشروط المحددة للمسئولية فى حالة عدم تنفيذ العقد ولا الشرط الجزائى وذلك لانعدام حق الدعوى للطرفين وقت التعاقد ، بينما يجوز الصلح عن الحقوق الآجلة إذا قام نزاع حول وجودها قبل حلول الأجل وذلك لثبوت الحق وقيام مصلحة الدائن القانونية فى حمايته قبل حلول الأجل . كذلك يمكن أن يصلح المعيار السابق للتمييز بين الصلح والقسمة لأن حق الدعوى — دعوى طلب القسمة القضائية- لا يثبت لكل شريك إلا إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع (م ١/٨٣٦) . ولذلك يقتضى المنطق الدقيق ألا يعتبر التصرف المنهى للشيوع صلحا إلا فى حالة الخلاف بين الشركاء على نحو اقتضى

---

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٤٤٤ هامش (1) ، ص٤٤٥ الهامش.

(2) الدكتور محمد كامل مرسى العقود المدنية الصغيرة الطبعة الثالثة ١٣٦١ هـ - ١٩٤٢ ص ٦٠٩ .

منهم بذل كل جهودهم لتلافى طلب القسمة القضائية . أما مجرد المناقشات العادية حول كيفية تكوين الحصص فلا تكفى لاعتبار التصرف المنهى للشيوع صلحا. ولولا هذا التحديد لفكرة النـــزاع المحتمل الذى يصلح أساسا للصلح لانبهمت الضوابط بين الصلح وكثير من التصرفات الأخرى التى تهدف إلى حسم نظام محتمل [١].

عـــلى أنه لا يشترط أن يكون النـــزاع حقيقيا مستندا إلى أساس من القـــانون ، بل يكفى أن يكون قائما فى ذهن المتصالحين بحسب تقديرهما الشخصـــى ، ولو تعارض هذا التقدير مع الأحكام الواضحة فى القانون . وبعبارة أخرى إن تقدير قيام النـــزاع الدافع إلى الصلح أو عدم قيامه يجب أن يستند إلى معيار شخصى تراعى فيه حالة المتعاقدين وظروفهما الخاصة ومبلغ ثقافتهما ، ولا عبرة بعد ذلك بجهلهما بأحكام القانون [٢].

وقد يكون النـــزاع فى القانون ، كما إذا وقع نزاع بين الطرفين على القـــيمة القانونـــية لسند يتمسك به أحدهما ، حتى لو كان السند فى نظر رجل القانون ظاهر الصحة أو ظاهر البطلان ، لأن العبرة بما يقوم فى ذهن الطرفين .

والـــنـــزاع قـــد يكون فى وجود الحق ذاته ، كما إذا طالب شخص بملكـــية عين اشتراها فدفع خصمه ببطلان البيع أو إذا طالب دائن بدينه فدفع المدين بانقضائه .

---

(١) أكثم الخولى ص ٩ وما بعدها — السنهورى ص ٥٠٩ هامش (٤) .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٠٦ — محمد جمال الدين زكى ص ٦٤- السنهورى ص ٥٠٩ وما بعدها .

وقــد يكــون فى مدى الحق لا فى وجوده كما هو الشأن فى معظم حــالات الــتعويض وكــثير من ديون النفقة ، فكثيراً ما يحدث فى هذه الحالات أن يكون الحق ذاته مسلما به من الطرفين ، ومثار النــزاع بينهما فى تحديده (١).

١٤٢ – هل يجب توافر عنصر الشك فى نتيجة النـزاع :

ذهب رأى فى الفقه إلى وجوب توفر عنصر الشك فى نتيجة النــزاع موضوع الصلح ، أو بعبارة أخرى يجب أن يكون محل الصلح مشكوكا فيه . فيدور الشك حول الطرف الذى سينتصر له القضاء (٢).

ويستند هذا الرأى إلى تحليل نفسية المتصالحين إذ لولا شك كل منهما فى مصير دعواه أمام القضاء ورغبته فى استبعاد عنصر الاحتمال والمخاطرة هذا لما أقدم على الصلح ولمضى فى دعواه إلى النهاية ثم أنه أجرى الصلح رغم انعدام الشك فى نتيجة النــزاع لانقلب عقد الصلح إلى وسيلة سهلة للمضاربة على رغبــة صاحب الحــق فى الســلام والهدوء ونفوره من الخصومــات القضائية إذ يستطيع نهازو الفرص من الغير أن يختلقوا دعوى لا تقوم على أساس يرهبون بها صاحب الحق الثابت الذى لاشك فيه ليتقاضوا عن طريق الصلح ثمن التنازل عن ادعائهم المختلق يدفعه صاحب الحق ليظفر بالسكينة .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٤ – محمد على عرفه ص ٢٠٦ وما بعدها.

(٢) محمد على عرفه ص ٣٠٥ – محمود جمال الدين زكى ص ١٢ وما بعدها.

ويميل أغلب الفقهاء فى الوقت الحاضر إلى قياس الشك بمعيار شخصى فيكفى أن يتصور المتصالحان أن مصير الدعوى مشكوك فيه ولو لم يكن كذلك فى واقع الأمر وفى نظر رجل القانون[1].

وقد ذهب رأى – نؤيده – إلى أن النزاع يصلح موضوعا للصلح بغض النظر عن عنصر الشك فى نتيجته ، ويستند هذا الرأى إلى عدة حجج :

١- أن تطلب الشك فى نتيجة النزاع يجافى المنطق ، ذلك أن المقصود بالصلح لا يخرج عن أحد أمرين : فإذا كان الغرض من الصلح هو وضع حد لحالة الشك والقلق التى يخشاها الطرفان لوجب الاكتفاء بأن يكون موضوع الصلح أمر مشكوكا فيه ولو لم يتخذ هذا الشك صورة نزاع وهذا مذهب القانون الألمانى .

وإذا كان الغرض من التصالح هو وضع حد للنزاع فلا محل لتطلب الشك فى نتيجة هذا النزاع كعنصر لازم لقيام الصلح .

٢- من ناحية الصياغة الفنية يقوم الرأى السائد على مقدمة خاطئة هى أن الصلح يهدف أساسا إلى تجنب مخاطر النزاع مع أن العنصر الدائم المميز للصلح عامة هو حسم النزاع أما التخلص من مخاطر الخصومة فعنصر عرضى بحت قد يوجد وقد لا يوجد فى كثير من الحالات التى يهدف فيها المتصالح إلى غرض آخر ككسب الوقت أو التخلص من مضايقات الخصومة أو اتقاء إذاعة سر أو مراعاة رابطة خاصة بينه وبين الطرف الآخر . فالشك وهو عنصر عرضى لا يصلح من الناحية الفنية مميزا لعقد الصلح .

---

(١) راجع فى مبررات هذا الرأى ومعياره أكثم الخولى ص ١٠ وما بعدها .

٣- أن نظرية الشك الشخصى تؤدى إلى النتيجة التى أرادت اجتنابها وهى أن يصبح الصلح أداة لابتزاز المال بالباطل من أصحاب الحقوق المؤكدة الثابتة . لأنه مادمنا نكتفى بالشك الشخصى فنحن نفتح الباب أمام استغلال سذاجة بعض أصحاب الحقوق أو جهلهم بالقواعد القانونية أو ضعف ثقتهم فى القضاء (١).

١٤٣ – الصلح بعد صدور حكم نهائى :

لاشك فى صحة الصلح الحاصل بعد صدور حكم قابل للطعن فيه بالطرق العادية (الاستئناف الآن فقط) . وعلة ذلك واضحة ، وهى أن قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف يجعل الحق المقرر بمثل هذا الحكم مهددا بالزوال نتيجة نجاح الطاعن فيما سعى إليه . وبالتالى يظل التهديد بتجدد النزاع قائما بحيث يمكن أن يبنى الصلح على أساسه .

غير أن الرأى قد انقسم فى جواز الصلح بعد صدور حكم نهائى .

فذهب رأى إلى أنه لا يجوز الصلح بعد صدور حكم نهائى ، تأسيسا على أن الإشكالات التى يثيرها المحكوم عليه أو دائنوه عند تنفيذ الحكم ليس من شأنها أن تجعل الحق المحكوم به محل نزاع فى وجوده ، أو حتى فى نطاقه أو مقداره ، فقد تحدد هذا كله نهائيا بالحكم النهائى مما لا يدع محلا لقيام الصلح يضاف إلى ذلك ما يقتضيه الصلح من وجوب تنازل كل من المتصالحين عن جزء من مدعاه ،و ظاهر أنه لم يبق للمحكوم عليه ما يدعيه بعد صدور حكم نهائى ضده . فيكون التنازل حاصلا من جانب

---

(١) أكثم الخولى ص ١٢ وما بعدها – السنهورى ص ٥١٠ هامش (١) .

المحكــوم لصالحه وحده ، تفاديا للصعوبات التى قد تعترض تنفيذ الحكم جبرا على المحكوم عليه استعجالا للفائدة لاحسما للنزاع ، وبذلك تختفى خاصية أخرى من أهم خصائص الصلح . فمن التجاوز إذن أن يجرى على مـــثل هذا العقد أحكام الصلح . والصواب خضوعه لأحكام التنازل عن الحق [١].

بينما ذهب رأى آخر – نؤيده – وقد ساندته محكمة النقض الفرنسية إلى جـــواز الصلح- بعد صدور الحكم النهائى ، إذ من الممكن قيام نزاع على تفسير الحكم أو تنفيذه ، فيرد الصلح على التفسير أو التنفيذ [٢].

١٤٤ـ ثانيا : نية حسم النــزاع :

يجب أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النـــزاع بينهما ، إما بإنهائه إن كـــان قائمـــا ، وإما بتوقيه إذا كان محتملا فإذا تنازع طرفان على ملكية مـــنقول قابل للتلف ، واتفقا على بيعه تفاديا لتلفه وإيداع الثمن خزانة المحكمـــة عـــلى أن تبت المحكمة فيمن منهما هو المالك فيكون الثمن من حقه، لم يكن الاتفاق على بيع المنقول صلحا لأنه لم يحسم النـــزاع الواقع على ملكية المنقول [٣].

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٠٨ – محمد كامل مرسى ص ٦٠٦ وما بعدها- محمود جمال الدين زكى ص ١٣ هامش (٥) .

(٢) السنهورى ص ٥٠٩ – أكثم الخولى ص ١٤ .

(٣) السنهورى ص ٥١٠ وما بعدها .

ولا يعتـــبر صلحا تعهد أحد الخصمين للآخر – أثناء نظر الدعوى – ببـــيع العقار موضوع النـــزاع بالشروط المبينة فيه لأنه لم يتناول البت فى شئ من موضوع النـــزاع بين الطرفين [١].

ولا يعتبر صلحا بين خصمين بيع العين موضوع دعوى الفسخ القائمة بينهما بيعا معلقا على شرط صدور حكم به من المحكمة المنظورة أمامها الدعوى [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الحكم المطعون فيه لم يرفض الدفع بالصورية لمجرد أنه أبدى فقـــط بالمذكرة الختامية فى فترة حجز الاستئناف للحكم . وإنما على ما استخلصه من أوراق الدعوى وما أحاط بها من ظروف وملابسات من أن الطـــاعن الأول رغبة منه فى التخلص من العقد موضوع الدعوى استعان بزوجـــته الطاعنة الثانية متواطئاً معها بأن حرر لها عقد بيع منه عن ذات الحصة ووقع لها عقد صلح فى دعواها بصحة هذا العقد وكان تدخلها فى الدعوى الماثلة انضمامياً له وبواسطة وكيله وهو الذى نـــاب عنهما معاً فى الدفـــاع وفى إقامة الأستئناف وظل لا يوجه ثمة مطعن على عقد شراء المطعـــون ضده طوال مراحل نظر الدعوى أمام محكمتى أول وثانى درجة

---

(١) استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة السنة ١١ رقم ٨٦ .

(٢) نقض فرنسى ١٠ مارس سنة ١٩٠٣ – مشار إليه فى محمود جمال الدين زكى ص ١٥ هامش (٤) .

إلى أن حجز الاستئناف للحكم فقدم مذكرة دفع فيها لأول مرة بصورية هذا العقد ، واستدل من هذه القرائن مجتمعة على عدم صحة هذا الدفاع، وهــو استخلاص سائغ يكفى لحمل قضائه برفض الادعاء بالصورية، فإن النعى عليه – بالقصور – يكون غير صحيح .

(طعن رقم ٦٧٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/١/٢٦)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" ومن حيث أن الصلح وفقا لحكم المادة ٥٤٩ من القانون المدنى هو "عقــد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، و ذلك بــأن ينــزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه " ومفهوم ذلك أن عقد الصلح تتوافر فيه مقوماته عندما تتجه نية طرفى النــزاع إلى حســم الــنــزاع بينهما إما بإنهائه إذا كان قائما وإمــا بتوقيه إذا كان محتملا، وذلك بنــزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائــه، فــإذا ما تحققت هذه المقومات وقام العقد على أركانه القانونية وهى التراضى والمحل والسبب انعقد الصلح باعتباره من عقود التراضى . وإذا كــان القانون المدنى قد نص فى المادة ٥٥٢ منه على أن " لا يثبت الصــلح إلا بالكــتابة أو بمحضر رسمى" فهذه الكتابة لازمة للإثبات لا للإنعقاد ، وتبعا لذلك يجوز الإثبات بالبينة أو القرائن إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ولما كان الأمر كذلك .... إلخ " .

(طعن رقم ٩٢٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٧٦/١/١٤)

١٤٥ـ ثالثا : نزول كل من الخصمين عن جزء من ادعائه :

يجب أن ينزل كل من الخصمين عن جزء من ادعائه حتى يعتبر عقدهما صلحا . ذلك أن الصلح يستلزم تضحية من الجانبين . فإذا لم يكن هناك نزول عن ادعاءات متقابلة ، بل نزل أحد الطرفين عن ادعائه دون الآخر، فلا نكون أمام صلح .

وبالترتيب على ذلك ، لا يعتبر صلحا تنازل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة ليسهل عليه الحصول على الباقى ، فهذا إبراء من بعض الدين وليس صلحا [١].

أو اعتراف حائز العقار بملكيته لمدعيها وإعطاؤه مبلغا من المال نظير التنازل عن الدعوى فإن ذلك يكون بيعا ، فإن تنازل المدعى عن دعواه دون مقابل كان ذلك هبة [٢].

ومن باب أولى لا يكون صلحا العقد الذى لم يترك بمقتضاه أحد الطرفين جزءا من حقوقه المدعاة بل حصل من الطرف الآخر على اعتراف بحقوق أكثر وأشمل [٣]. إذ يعتبر ذلك تسليما بالطلبات .

وعنصر النزول المتبادل هو ما يفرق بين الصلح وغيره من التصرفات التى تؤدى إلى إنهاء النزاع كترك الخصومة أو التسليم

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٤٤٠ .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ يناير ١٩١٨ مشار إليه فى أكثم الخولى ص ١٥ هامش (٤).

بطلبات الخصم إذا كـانا بـدون مقابل أو تـوجيه اليمين الحـاسمة ، كما سنرى .

أمـا عن طبيعة النـزول المتبادل من الناحية الفنية فإن الرأى الراجح يذهـب إلى أن هـذا النـزول هو من قبيل التنازل أى تنازل كل من الطرفين عن حقه (أو ادعائه) .

والتنازل لا ينصب على الحق المدعى به كما لو كان ثابتا وإنما ينصب عـلى حق الدعوى أى على حق كل طرف فى اللجوء إلى القضاء ليقول كلمة القانون فى ادعائه [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مـتى كـان كل من المتعاقدين قد ترك جزءا من حقوقه على وجه الـتقابل قطعاً للنـزاع الحاصل بينهما فهذا العقد صلح طبقاً لنص المادة ٥٣٢ من القانون المدنى . ولا يصح اعتباره بيعاً لكونه تضمن نقل ملكية أحـد المتعاقدين إلى الآخر بثمن معين ما دامت هذه الملكية لم تكن بعد مستقرة لتاركها بل كانت محل نزاع ، والمبلغ المسمى لم يكن مقابلا لنقل الملكـية المتنازع عليها بـل كان مقابـلاً لحسم النـزاع ، مما تنعدم به مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح " .

(طعن رقم ٧٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١١/٢٧)

---

(١) أكثم الخولى ص ١٨ وما بعدها — السنهورى ص ٥١٢ هامش (١) .

٢- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يلزم لانعقاد الصلح وجرب أن يتنازل كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه فى سبيل الحصول على الجزء الباقى حسما للنزاع القائم بينهما أو توقيا لنزاع بينهما فإن لم يكن هناك نزولا عن ادعاءات متقابلة فلا يعد ذلك صلحا ولا ينحسم به النزاع القائم بين الخصوم ..... ولمحكمة الموضوع من بعد بما لها من سلطة فهم الواقع فى الدعوى استخلاص ما تراه من موقف الخصمين على هذا النحو متى كان ما تستنبطه سائغا له معينه من أوراق الدعوى " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٦٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٥/١٢/١٨)

١٤٦- لا يشترط تكافؤ التنازل من الجانبين :

لا يشترط أن يكون ما ينزل عنه أحد المتصالحين مكافئا لما ينزل عنه الآخر . وبعبارة أخرى لا يشترط أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة . فقد ينزل أحد الطرفين عن جزء كبير من ادعائه ، ولا ينزل الآخر إلا عن الجزء اليسير [1]. ففى التسليم بحق الخصم فى ترك الدعوى ، إذا قبل الطرف الآخر أن يتحمل فى مقابل ذلك بمصروفات الدعوى ما يتحقق به الصلح مهما كانت تضحية الطرف الآخر قليلة بالنسبة إلى تضحية الطرف الأول .

---

(١) السنهورى ص ٥١٢ – محمد كامل مرسى ص ٦٠٨- محمود جمال الدين زكى ص ١٦ .

وإذا رفع شخص دعوى على آخر يطالبه فيها بمبلغ ، ثم تصالح معه، وحرر عنه صلحا قدماه للمحكمة ، فرفض القاضى إثبات الصلح ، مستندا على أنه لابد فى الصلح القانونى من تنازل كل من طرفى الخصومة عن شئ من حقوقه ، وأن المدعى عليه تعهد فى عقد الصلح بدفع كل ما هو مطالب به ، لا يسوغ والحالة هذه للمتقاضين استرجاع نصف الرسوم التى دفعوها إلى قلم الكتاب . وهذا خطأ ، لأن المدعى عليه، مع اعترافه فى عقد الصلح بمبلغ الدين كله ، تعهد بدفع جزء منه بعد أجل حدد فى العقد وإمهال الدائن لمدينه فى دفع الدين أو جزء منه إلى أجل – وهذا يعد تركا منه لشئ من حقوقه . فالعقد إذن عقد صلح بالمعنى الذى يقصده القانون ، وكان ينبغى التصديق عليه . حتى يتسنى للمتقاضين استرجاع نصف ما دفعوه من الرسوم ، لأن هذا الصلح حسم النزاع [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لا يشترط فى الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئا لما ينزل عنه الطرف الآخر وإذن فمتى كان التوكيل الصادر إلى وكيل المطعون عليهما يبيح له إجراء الصلح والنزول عن الدعوى ، وكان الصلح الذى عقده مع الطاعنين فى حدود هذه الوكالة واستوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته على

---

(١) مذكرة لجنة المراقبة القضائية رقم ٣٢ بتاريخ ١٤ مايو ١٩١٢ – محمد كامل مرسى ص ٦٠٨ هامش (٤) .

وجه التقابل حسما للنـــزاع القائم بينهما . وكان الحكم المطعون فيه إذ لم يعـــتد بهذا الصلح ، إذا قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته أقام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكليه ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى إلى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته وإنما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون فى حدود علاقة الوكيل بموكله لا فى علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل فى حدود الوكالة " .

(طعن رقم ١٦٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٢)

٢- " مفـــاد نـــص المادة ٥٤٩ من القانون المدنى أن من أركان عقد الصلح نزول كل من المتصالحين عن جزء مما يدعيه وإذ كان لا يشترط فى الصلح أن يكون ما يترل عنه أحد الطرفين مكافئا لما ينـــزل عنه الطرف الآخـــر ومن ثم فلا محل لادعاء الغبن فى الصلح . وكان القانون المدنى لم يجعـــل الغبن سببا من أسباب الطعن فى العقود إلا فى حالات معينة ليس مـــن بينها الصلح ، إذ تقتضى طبيعته ألا يرد بشأنه مثل هذا النص ، فإن الـــنعى على الحكم المطعون فيه بعدم إجازة الطعن فى الصلح بالغبن هو نعى لا أساس له " .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨)

غير أنه يلاحظ أن تساوى ما ينـــزل عنه كل من المتصالحين قد يكون عنصـــرا له أهمية فى الحكم على طبيعة العقد . فإذا تنازل من يدعى ملكية عقار عن ادعائه نظير مبلغ من المال يساوى أو يقترب من قيمة هذا العقار قامت قرينة قوية على أن العقد بيع وليس بصلح(١).

---

(١) أكثم الخولى ص ١٦ .

١٤٧- تمييز الصلح عما يلتبس به :

١ - الصلح والتحكيم :

يتشابه الصلح مع التحكيم فى أن كل منهما يقصد به حسم خصومة دون استصدار حكم قضائى .

ولكن يختلف الصلح عن التحكيم اختلافا كبيرا ، ففى الصلح يبت فى النزاع أطراف الخصومة أنفسهم ، أما فى التحكيم فالذى يبت فى النزاع هم المحكمون .

والتحكيم – عكس الصلح – لا يستلزم نزول كل من الخصمين عن وجه التقابل عن جزء من ادعائه ، بل يفصل المحكمون فى النزاع كالقضاة طبقا لما يسفر عنه تكوين عقيدتهم فى النزاع من واقع مستندات الدعوى. وقد يقضون لطالب التحكيم بطلباته كلها أو بعضها. ويلتزم المحكمون فى إجراءات الفصل فى النزاع أحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (المعدل) بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .

٢- الصلح والتسليم بالحق وترك الدعوى :

يختلف الصلح عن التسليم بالحق وترك الدعوى، فى أن الصلح – كما ذكرنا سلفا – يستلزم نزول كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه . بينما التسليم بالحق وترك الدعوى ، يتمخض عن نزول من جانب واحد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من اللازم لاعتبار العقد صلحاً فى معنى المادة ٥٤٩ من القانون المدنى وجوب أن يتنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه فى سبيل الحصول عـــلى الجزء الباقى فإن لم يكن هناك نزول عن ادعاءات متقابلة واقتصر التـــنازل على أحد الطرفين دون الآخر فلا يعد الاتفاق صلحاً وإذ كان البين أن الإقرار المنسوب للزوجة أنه مقصور على نزول الزوجة عن كافة حقوقها إزاء ما أقرت به من فض بكارتها قبل عقد الزواج ، فإنه لا وجه للقول ببطلان الإقرار ، على سند من المادة ٥٥١ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ١٦ لسنة ٤٣ ق "أحوال شخصية "جلسة ١٩٧٥/١١/١٩)

٣- الصلح وتوجيه اليمين الحاسمة :

يخـــتلف الصلح عن توجيه اليمين الحاسمة فى أن الصلح يستلزم — كما رأينا — نزول كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه . أما توجـــيه الـــيمين الحاسمة فيتضمن تضحية من جانب واحد فقط ، هو من وجـــه إليه اليمين ، لأنه إذا حلف الطرف الآخر اليمين قضى له بكل ما يدعيه [١] .

١٤٨- خصائص عقد الصلح :

١- الصـــلح من عقود التراضى ، فيتم بالإيجاب والقبول . ولا يشترط لانعقاده شكل خاص ، وإن كانت الكتابة تشترط لإثباته .

---

(١) الدكتور عبد المنعم الصده الإثبات فى المواد المدنية ص ٤٢٤ .

٢- الصلح عقد ملزم للجانبين : فكل من المتصالحين يلتزم بإعطاء شئ أو بعمـــل شئ أو الامتناع عن عمل شئ . ويسقط من جانب كل من الطـــرفين الادعـــاء الذى نزل عنه ، ويبقى الجزء الذى ينـــزل عنه ملزما للطرف الآخر .

٣- الصـــلح من عقود المعاوضة ، لأن كل من الطـــرفين ينـــزل عن جزء من ادعائه مقابل نزول الآخر عن جزء من ادعائه ، فليس هناك تبرع فى الصلح .

وقـــد يكـــون الصـــلح عقدا محددا كما هو الغالب فإذا قام نزاع بين شخصين على مبلغ من النقود فاتفقا على أن يعطى المدين للدائن مبلغا أقل فهنا قد عرف كل منهما مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى فالعقد محدد أما إذا تصـــالح أحـــد الورثة مع وارث آخر على أن يرتب لـــه إيرادا مدى الحياة فى مقابل حصته فى الميراث المتنازع فيها ، فالعقد هنا احتمالى [١].

٤- الصلح من العقود الكاشفة لا المنشئة كما سنرى .

٥- الصلح عقد غير قابل للتجزئة كما سنرى .

---

(١) السنهورى ص ٥١٧ وما بعدها.

(أركان عقد الصلح)

١٤٩ – تعداد :

لم يميز المشرع الصلح باشتراط إفراغه فى شكل معين ، ولم يقيده بأى قـــيد يخرجه عن حكم القواعد العامة السارية على كافة العقود . لذلك كانـــت الأركان اللازمة لانعقاد الصلح هى بعينها التى تلزم لانعقاد سائر العقود الأخرى وهى ثلاثة :

١- الرضاء .

٢- المحل .

٣- السبب .

ونعرض لهذه الأركان الثلاثة فيما يلى .

موضوع رقم (١٥)

(الرضاء بالصلح)

١٥٠ – توافق الإيجاب والقبول فى الصلح :

الصلح عقد من عقود التراضى فيكفى لانعقاده مجرد توافق إرادتى طرفيه بماهيته وبالنزاع المراد حسمه وبالنزول المتبادل لكل من طرفيه وسائر أركان الصلح .

ولم يشترط المشرع إفراغ هذا التراضى فى شكل معين كما فعل بالنسبة لبعض العقود كالهبة والرهن الرسمي .

وهنا تطبق القواعد العامة لنظرية العقد بصفة عامة من حيث طرق التعبير عن الإرادة والوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره وموت من صدر منه التعبير أو فقده الإرادة إلى غير ذلك من الأحكام العامة ، والتى عرضنا لها فى شرح عقد الهبة ، ومن ثم نحيل عليها .

ولكن الصلح لا يتم عادة إلا بعد مفاوضات طويلة ومساومات وأخذ ورد . فيجب تبين متى تم الاتفاق نهائيا بين الطرفين ، ولا يجوز الوقوف عند أية مرحلة من مراحل التفاوض فى الصلح مادام الاتفاق النهائى لم يتم[١].

---

(١) السنهورى ص ٥٢٢ .

وبالترتيب على ذلك فإن الإيجاب بالصلح لا يلزم الدائن إذا لم يقبله المدين. كما أن الإيجاب بالصلح وحدة لا تتجزأ فلا يجوز قبوله جزئياً[١].

ويجوز أن يكون قبول الصلح ضمنيا إذا أحاطت به ظروف لا تدع مجالا للشك فى وجوده فإذا كان الصلح موضوع مناقشة بين المتنازعين أمكن استنتاج القبول من استلام أحدهما شيكا مرسلا له من الآخر فى صورة إيجاب صريح بالصلح .

وقبول سند إذنى وتظهيره إلى مصرف يتولى تحصيل قيمته يتضمن قبول الصلح الذى هو سبب السند الإذنى[٢] .

ولكن لا يجوز استنتاج الصلح على مبلغ التعويض بين الجانى والمجنى عليه فى جريمة من قبض الثانى مبلغا من المال قدمه إليه الأول فى ظرف مغلق مع رجاء صرف النظر عن الموضوع[٣].

كما لا يجوز استنتاج الصلح من قبول المضرور من المتسبب فى الضرر عطية على سبيل الإحسان أو على سبيل التخفيف من مصابه دون أن يقصد المتسبب فى الضرر بذلك إقرارا بمبدأ المسئولية و لم يرد المضرور بقبولها أن يصالح على حقه فى التعويض[٤] .

---

(١) استئناف مختلط ٩ يونيه ١٩١٣ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ مارس ١٩٣٠ .

(٣) استئناف رن ١٧ فبراير ١٩٠٥ مشار إليه فى محمود جمال الدين زكى ص ٢٤ هامش (٤) .

(٤) السنهورى ص ٥٢٢ .

والصلح لا يفترض ، فسكوت أحد الطرفين فى مجلس الصلح لا يستفاد منه حتما قبوله إياه ، بل يجب أن يقترن السكوت بما يقطع فى الدلالة على القبول ، لأنه من مقتضى الصلح التنازل عن بعض الحقوق ، وهو ما لا يجب أن يترك لمجرد الاستنتاج والاحتمال[١] .

ويقدر قاضى الموضوع ما إذا كان الرضاء متوافرا وفى أى وقت حصل توافق الإرادتين .

١٥١ـ الوكالة فى الصلح :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ مدنى على أن : " لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء " .

كما تنص المادة ٧٦ من قانون المرافعات على أنه : " لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به و لا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ولا رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين ولا الادعاء بالتزوير ولا رد القاضى ولا مخاصمته ولا رد الخبير ولا العرض الفعلى ولا قبوله ولا أى تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضا خاصا " .

---

(١) مصر الابتدائية ٢ مارس ١٩٢٠ — محمد على عرفه ص ٢٩٦ .

ويبين من النصين سالفى الذكر أنه لا بد من وكالة خاصة فى الصلح ، فلا يجوز للوكيل إبرام الصلح بمقتضى الوكالة العامة .

غير أن التوكيل العام فى أعمال الإدارة يشمل التوكيل فى الصلح المتعلق بأعمال الإدارة فقط .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان التوكيل خالية عباراته عن النص على التنازل عن الحقوق ولكنه صريح فى تخويل الوكيل إجراء الصلح ، وتنازل الوكيل عن حقوق موكله قبل خصمه مقابل تنازل الخصم عن حقوقه ، فهذا لا يكون تنازلا محضا من طرف واحد وإنما هو صلح مما تتسع له حدود التوكيل " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/١١/١٨)

(راجع أيضا نقض طعن رقم ١٦٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٢ منشور ببند ١٤٦)

١٥٢ – الصلح القضائى والصلح غير القضائى :

ينقسم الصلح إلى قضائى وغير قضائى .

والصلح القضائى هو الذى يحصل فى مجلس القضاء بصدد خصومة قائمة وفى أثناء السير فى إجراءاتها بقصد وضع حد لها وحسم النزاع القائم بين أطرافها .

أما الصلح غير القضائى فهو الذى يعقده الطرفان خارج مجلس القضاء وقبل رفع الدعوى تفاديا من الالتجاء إلى إجراءات التقاضى .

وليست لهذا التقسيم أهمية عملية ، إذ أنهما يستويان فى تطبيق أحكام الصلح على أى منهما ولا يمتاز هذا الصلح القضائى إلا بكونه معتبرا فى

قــوة ســند واجب التنفيذ نظرا لتصديق القاضى عليه ، على أن ذلك لا يخرجه عن كونه اتفاقا تم بتراضى الطرفين ، فلا يرقى تصديق القاضى — كما سنرى — إلى مصاف الأحكام .

ويجب تمييز الحكم الاتفاقى عن الحكم الصادر بالتصديق على الصلح. وصورة الحكم الاتفاقى أن يعدل الخصم طلباته أمام المحكمة بحيث يجعلها متفقة مع تعديل ما ادعاه الآخر بناء على اتفاق سابق بينهما، كما إذا رفع دائن دعوى على مدينه مطالبا له فيها بمبلغ ألف جنيه ، ودفع المدين ببطلان الدين طالبا إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه ، ولكن بدل أن يستمرا فى إجراءات الدعوى أو ينهياها صلحا بأن يتنازل الدائن عن نصف الدين نظير أن يعترف له المدين بالنصف الباقى، يحضران فى الجلســة ويعــدل الدائن طلبه إلى مبلغ خمسمائــة جنيه ويتنازل المدين عن الدفع الذى أبداه مقرا بمديونيته بهذا المبلغ الأخير ، فلا يسع القاضى إلا أن يصدر حكما بإلزام الأخير بأن يدفع للأول مبلغ خمسمائة جنيه .

فهــذا الحكــم وإن كان أساسه اتفاق الطرفين إلا أنه يعتبر حكما لا عقــدا، وتطبق عليه القواعد المتعلقة بسائر الأحكام . فلا يجوز الطعن فيه بدعوى مبتدأة ، وإنما يجب اتباع طرق الطعن المقررة فى قانون المرافعات ، وفى المواعــيــد المنصوص عليها فيــه . ويخضــع فى تفسيره للقــواعد والإجراءات المتعلقة بتفسير الأحكام ، لا المبادئ المقررة فى تفسير العقود والاتفاقات .

ويجوز أخذ اختصاص بمقتضى هذا الحكم بموجب المادة ١٠٨٥ مدنى لا بموجب المادة ١٠٨٧ [1].

وتعرض فيما يلى للصلح القضائى بالتفصيل .

الصلح القضائى

١٥٣ – النص القانونى :

المادة ١٠٣ مرافعات :

" للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة فى أية حالة تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه فى محضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه .

ويكون لمحضر الجلسة فى الحالين قوة السند التنفيذى وتعطى صورته وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام .

ومع ذلك إذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢١ وما بعدها – السنهورى ص ٥٢٦ وما بعدها – وقارن أكثم الخولى ص ٤٣ هامش (٣) فيرى أنه لا محل لأن يجارى القاضى الخصوم فى هذا السبيل الصورى وأن عليه إذا علم بتمام الصلح بين الطرفين أن يصدق على هذا الصلح بمقتضى سلطته الولائية لا أن يصدر حكما متفقا عليه مادامت الخصومة تنتهى بالصلح .

عليه – كتابة أو شفاهة بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الاتفاق " [١].

١٥٤ – طريقا الصلح القضائى :

لإثبات الصلح القضائى بمحضر جلسة المحكمة التى تنظر الدعوى طريقان **الأول**: أن يدلى الطرفان شفاهة بمضمون ما اتفقا عليه فيتولى القاضى إثبات ما اتفقا عليه بمحضر الجلسة ، ثم يوقع الطرفان أو وكلاؤهما المفوضين بالصلح على المحضر .

والثاني : أن يدون الطرفان ما اتفقا عليه أى ما تصالحا عليه فى محرر، ثم يقدمان هذا المحرر إلى المحكمة ويطلبان إثبات محتواه فى محضر الجلسة ليكون له قوة السند واجب النفاذ .

١٥٥ـ إجراءات التصديق على الصلح :

يلزم لتصديق المحكمة على الصلح اتباع الإجراءات الآتية :

١– أن يحضر الطرفان المتصالحان أمام المحكمة ويطلبان إلحاق الصلح بمحضر الجلسة ليكون له قوة السند واجب التنفيذ .

ويستوى أن يكون حضور المتصالحين بشخصهما أو بوكيل – مفوض بالصلح – عنهما .

---

(١) أضيفت الفقرة الثالثة للمادة بموجب القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ – الجريدة الرسمية العدد ١٠ مكرر فى ١٩٩١/٣/١٣ .

إنمـــا لا يجــوز للمحكمة التصديق على الصلح إذا تخلف الطرفان أو أحدهما عن الحضور أمامها . أو إذا حضر الطرفان و لم يطلبا أو لم يطلب أحدهما من المحكمة التصديق على الصلح .

والحكمـــة فى ذلـــك أن القاضى وهو يصدق على الصلح يقوم بدور الموثق الذى يثبت حصول هذا الصلح أمامه بصفة رسمية ، ولا يجوز بحال من الأحوال أن يصدق على صلح لم يحصل أمامه بحجة أنه موقع عليه من الطـــرفين ، لأن هذا الصلح عرفى ، ولا يكون رسميا إلا بالإقرار عليه من الطرفين بإيجاب وقبول جديدين أمامه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا حـــرر الخصوم فى دعوى تزوير ودعوى أخرى موضوعية محضر صـــلح حسموا به النـــزاع القائم بينهم فى هـــاتين الدعويين ، وبعد أن وقعوه طلب بعضهم من محكمة الاستئناف التصديق عليه وعارض البعض الآخـــر لعلـــة أبداها ، فإن محكمة الإستئناف - وقد جعلها من طلبوا التصديق على الصلح فى مركز الموثق — يتعين عليها أن تمتنع عن التصديق، كما يتعين عليها - احتراما لقوة عقد الصلح المستمدة من القانون — أن تحكـــم بإيقاف الفصل فى دعوى التزوير لحين الفصل فى المنازعة فى ذلك العقـــد . فإذا لم تفعل المحكمة ذلك وفصلت فى دعوى التزوير مؤسسة حكمهـــا على تفسيرها محضر الصلح المتنازع فيه فإنها تكون قد تجاوزت سلطتها وأخلت بحق الدفاع وذلك يوجب نقض حكمها " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/٥/٢٨)

وإذا حضر الطرفان أمام القاضى وعدل أحدهما عن الصلح ، فلا يجوز للقاضى التصديق عليه .

٢- يجب أن تتحقق المحكمة من أن الصلح توافرت له مقومات الصلح وكافة أركانه .

٣- يجب ألا يخالف الصلح النظام العام أو الآداب وهو ما سنعرض له فى موضعه من الكتاب .

١٥٦ - الصلح فى دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية :

أضاف المشرع إلى المادة ١٠٣ مرافعات فقرة ثالثة بمقتضى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ تقضى بأن : " ومع ذلك إذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بإلحاق ، اتفقوا عليه - كتابة أو شفاهة - بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة التى أثبت فيه الاتفاق " .

وقد تغيا المشرع من ذلك حث أصحاب الشأن على التوجه إلى شهر تصرفاتهم العقارية وعدم التحايل على هذا الطريق الذى قرره القانون برفع دعاوى صحة التعاقد .

فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون : " وقد تناسقت جملة هذه التعديلات التى أدخلت على قانون المرافعات المدنية والتجارية مع التعديل

الــوارد على قانون رسوم التوثيق والشهر بإضافة المادة ٢٤ مكررا إليه فى خدمــة الغرض الذى تغياه المشرع من حث لأصحاب الشأن على التوجه إلى شــهر تصرفاتهم العقارية وعدم التحايل على هذا الطريق الذى قرره القــانون بــرفع دعاوى صحة التعاقد ، فلم يعد من الجــائز التوجه إلى القضاء بأى طلب يستهدف الحكم بصحة التعاقد على حق من الحقــوق العينية العقارية إلا إذا شهر هذا الطلب ، سواء فى ذلك اتخذ الطلب شكل دعوى مبتدأة أو قدم كطلب عارض ، أو أى طلب انبنى عليه طلب تدخل فى دعــوى قائمة أو كان طلبا بإثبات اتفــاق الخصوم على حــق من هــذه الحقــوق قدم كتابة أو ورد شفاهة فى الجلسة وإذ يتوجه صاحب الشأن لشهر طلبه فإنه يلتزم بأداء ٢٥٪ من الرسم المستحق وفقا لحكم المــادة ٢٤ مكــررا من قانون رسوم التوثيق والشهر ، وهو الأمر الذى يشــكل حافــزا لإتمام عملية الشهر وعدم السير فى طريق التقاضى إذا لم يكن هناك نزاعا حقيقيا يلجئه إلى هذا الطريق ، ويزيد من قوة هذا الحافز فى الســنوات اللاحقــة على العمل بهذا القانون ذلك التخفيض فى قيمة الرسوم المنصوص عليها فى المادة الخامسة من المشروع " .

ومقتضى هذه الفقرة المضافة أنه فى حالة رفع دعوى صحة تعاقد على حــق مــن الحقوق العينية العقارية كعقد بيع مبنى أو وحدة منه أو قطعة أرض زراعية أو قطعة أرض فضاء أو حق انتفاع ... إلخ. وأراد الطرفان التصــالح أمام المحكمة بشأنها ، فإنه عليهما أن يشهرا عقد الصلح إن كان

مكتوبا وصورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الصلح إن كان قد تم شفاهة وحينئذ تلتزم المحكمة بتأجيل الدعوى لتمكينهما من الشهر ، إلا إذا كان الصلح مكتوبا وتم شهره قبل تقديمه.

فإذا لم يتم الشهر امتنع على المحكمة التصديق على محضر الصلح وتقضى بعدم قبوله . وإنما يجب عليها المضى فى نظر الدعوى، ولها أن تتخذ عقد الصلح المكتوب أو الصلح المثبت بمحضر الجلسة سندا تقضى بمقتضاه فى الدعوى ، لأن المحظور على المحكمة هو التصديق على الصلح. وعندئذ يكون الحكم الصادر فى الدعوى كسائر الأحكام فى خضوعها لأحكام الطعن .

وينطبق هذا الحكم سواء رفعت دعوى صحة التعاقد فى شكل دعوى مبتدأة ، أو قدمت كطلب عارض أو طلب انبنى عليه طلب تدخل فى دعوى قائمة أو كان طلبا بإثبات اتفاق الخصوم على حق من هذه الحقوق قدم كتابة أو ورد شفاهة فى الجلسة .

ويسرى هذا الحكم ابتداء من العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتاريخ ١٩٩١/٣/١٤ .

وقد ذهبت محكمة النقض فى حكم حديث لها إلى أنه يغنى عن شهر الصلح ، أن تكون صحيفة الدعوى بصحة التعاقد قد سبق شهرها ، ولم يتضمن الصلح غير ذات الطلبات الواردة فى الصحيفة المشهرة أما إذا انطوى على حقوق عينية أخرى غير تلك التى شملتها صحيفة الدعوى تعين شهره .

إذ ذهبت إلى أن :

" إذا كـــان هـــذا التعديل الوارد على النصين المشار إليهما (التعديل الحاصـــل بمقتضى القانون ٦ لسنة ١٩٩١ فى مادته الخامسة على كل من المـــادتين ٦٥ ، ١٠٣ مـــن قانون المرافعات بإضافة فقرة جديدة إلى كل مـــنهما) .... تدل إشارته — وإن لم تفده عبارته على أن شهر الاتفاق عـــلى صـــحة الـــتعاقد على حق من الحقوق آنفة البيان (الحقوق العينية العقاريـــة) لا يجب ولا يلزم مادامت صحيفة الدعوى بصحة هذا التعاقد قـــد ســـبق شهرها و لم يتضمن هذا الاتفاق غير ذات الطلبات الواردة فى الصـــحيفة المشهرة أما إذا انطوى على حقوق عينية أخرى غير تلك التى شملتها صحيفة الدعوى تعين شهره إذا أن دلالة الإشارة باستقراء أساليب اللغة العربية وما قدره علماؤها — هى دلالة النص عن معنى لازم لما يفهم مـــن عـــبارته غير مقصود من سياقه يحتاج فهمه إلى فضل تأمل أو أناة حسب ظهور وجه التلازم وخفائه . والمعروف أن المعنى المتبادر من إشارة الـــنص على هذا النحو من الدلالات المعتبرة فى فهم النصوص لأن دلالة الـــنص ليست قاصرة على ما يفهم من عبارته وحروفه وهو ما يعبر عنه رجـــال القانون بالنص الصريح بل هو قد يدل أيضا على معان تفهم من إشـــارته ومن قضائه وكل ما يفهم منه المعانى بأى طريق من هذه الطرق يكـــون من مدلولات النص ويكون النص دليلا وحجة عليه ويجب العمل بـــه وإذ لم يفطـــن الحكم المطعون فيه إلى المعنى المفهوم من هذا التعديل الحاصل للمادتين ٦٥، ١٠٣ من قانون المرافعات المشار إليه ووقف به عند دلالة عبارة نص المادة ١٠٣ وحده من وجوب شهر الاتفاق فى كل حال

دون أن يمعن التأمل في المعنى اللازم للمعنى المتبادر من هذا اللفظ مع دلالة نص المادة ٦٥ حسبما سلف إيضاحه ومع ما ليس في المعنى المتبادر من عبارة أي منهما ما يتصادم أو يتنافر مع ما يؤخذ منها بطريق الإشارة وخلص إلى تأييد الحكم الابتدائي الذى رفض التصديق على الصلح المقدم من أطراف النزاع لعدم شهره رغم سبق شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد وعدم انطواء اتفاق الصلح على حقوق غير ذلك التي تضمنتها هذه الصحيفة المشهرة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم ٤٦٨٥ لسنة ٦٧ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٨) [١]

---

(١) وعكس ذلك المستشار عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكاز في التعليق على قانون المرافعات الطبعة السابعة ١٩٩٢ ص ٣٨٤ وما بعدها — الدكتور أحمد مليجي في التعليق على قانون المرافعات الجزء الثاني الطبعة الثالثة ص ٨٤٧، إذ يريان أنه لا يغني عن شهر الصلح سبق شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد عملا بالفقرة الأخيرة من المادة ٦٥ من قانون المرافعات ولا يجوز التحدى بأن الحكمة من شهر محضر الصلح تكون منتفية في هذه الحالة ، لأن شهر صحيفة الدعوى دون شهر محضر الصلح ليس من شأنه نقل الملكية التي كانت هدف الشارع .

ويلاحظ أن مصلحة الشهر العقارى والتوثيق سبق أن أصدرت المنشور رقم ١٦ في ١٩٩١/١١/١٧ بعدم المطالبة بشهر طلبات الصلح في الدعاوى التي سبق شهر صحيفتها . وقد جرى نص هذا المنشور على ما يأتي :

" إلحاقا بالمنشورات الفنية أرقام ٢، ١١ لسنة ١٩٩١ — المذاعة بشأن أحكام القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتعديل بعض أحكام القرار بقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر وقانون المرافعات المدنية والتجارية وتأكيدا لما سبق إذاعته من تعليمات بالمنشور الفني ٢ لسنة ١٩٩٢ فقد أخطرنا

ولمـــا كـــان التعديل الذى صدر به القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ يتعلق بتنظـــيم الملكـــية العقاريـــة فإنه يكون متعلقا بالنظام العام مما مؤداه أن تتصـــدى له المحكمة من تلقاء نفسها . فـــإذا تبين لها عدم تمام إجراءات الشـــهر قضـــت ومن تلقاء نفسها بعدم قبول طلب التصديق على محضر الصلح[1] .

١٥٧- التدخل الهجومى فى حالة طلب التصديق على الصلح :

إذا طلـــب طرفا الدعوى التصديق على عقد صلح ، وتدخل آخر فى الدعوى طالبا لنفسه بحق ذاتى أى تدخل هجوميا فى الدعوى ، فإنه يتعين على المحكمة ألا تحكم فى موضوع الدعوى أو تقبل الصلح فى شأنه إلا بعـــد الفصل فى موضوع التدخل ، وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما

= السيد المستشار مساعد وزير العدل لشئون المحاكم بصورة الكتاب الدورى رقـــم (١٨) لســـنة ١٩٩١ المذاع على المحاكم والذى تضمن التعليمات التى تقضـــى بعـــدم المطالبة بشهر طلبات الصلح التى تقدم من الخصوم فى دعاوى صـــحة التعاقد التى شهرت صحيفتها وسددت الأمانة القضائية المستحقة عليها طالما أن الصلح قد انصب على ذات الطلبات الواردة بصحيفة افتتاح الدعوى ولم يـــتجاوزها إلى حق آخر من الحقوق العينية العقارية واجبة الشهر فإذا تبين تجـــاوز الصـــلح لموضوع الدعوى تعين شهره وفقا للقانون . لذا يقتضى العلم ومراعاة تنفيذ ما تقدم .

الأمين العام — رئيس القطاع

(١) المستشـــار مصطفى هرجه قانون المرافعات المدنية والتجارية المجلد الثانى الطبعة الثالثة ص ١٣٨ .

يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها ، وعلى أساس أن الحكم الذى تصدره المحكمة فى موضوع الدعوى أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة ، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - " تمسك طالبى التدخل فى دعوى صحة التعاقد بـأنهم هم المالكون للأطـيان المبـيعة ، يعد تدخلا اختصاميا يطلب به المتدخلون حقا ذاتيا لأنفسـهم ، ويوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخلهم باعتباره مرتبطا بالدعوى الأصلية ويتعين عيها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى موضوع طلبهم ، وذلك باعتبار أن هـذا البحـث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها ، وعلى أسـاس أن الحكم الذى تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المـبرم بشأنه بمحضر الجلسة ، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخلين " .

(طعن رقم ٥٠٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٣)

٢- " للغير الذى أضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش أن يرفع دعوى أصـلية ببطلانه أو يبدى الدفع بالبطلان بالتدخل فى الدعوى التى حصل فـيها الصلح فإذا تدخل الغير فى دعوى منظورة ، مدعيا أن الصلح أضر بحقوقـه ، ودفع الخصم فى مواجهته بانتهاء الدعوى صلحا كان فى مكنته الرد على هذا الدفع ببطلان الصلح ، ولا يجوز رفض التدخل إلا تأسيسا على أن الصلح قد أنهى الدعوى وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان الصلح

صـــحيحا، ومـــن ثم فلا سبيل إلى رفض طلب التدخل إلا بحكم يقضى بصحة الصلح " .

(طعن رقم ١٤٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٤)

٣- " تمســـك المتدخلة فى دعوى صحة التعاقد بطلب رفض الدعوى لـــبطلان عقد البيع ، يعد تدخلا خصاميا تطلب به المتدخلة لنفسها حقا ذاتـــيا مرتـــبطا بالدعوى الأصلية ويتعين على المحكمة ألا تقضى بصحة الـــتعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى طلب التدخل رفضا أو قبولا ، اعتبارا بأن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة، وعلى أساس أن الحكم الذى يصدر بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بمحضـــر الجلسة منوط بالتحقق من عدم سلامة دعوى الخصم المتدخل أيا كان السبب وسواء كان مرده إلى تخلف الصفة أو إلى فساد الادعاء " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

والمتدخل فى هذه الحالة يصبح طرفا فى الخصومة ويكون الحكم الصادر فيها حجة له وعليه ولو حسم النزاع صلحا بين الخصوم الأصليين[1] .

١٥٨ ـ اعتبار عقد الصلح الذى لم تصدق عليه المحكمة سندا فى الدعوى :

إذا امتـــنع عـــلى المحكمة التصديق على الصلح سواء لعدم انطواء عقد الصـــلح على مقوماته وأركانه ، أو لأن الخصوم أو أحدهم لم يطلب من

---

(١) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز ص ٦٣ ونقض طعن ٥٩٣ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٧ غير المنشور والذى أشار إليه .

المحكمـــة التصديق على عقد الصلح أو رجع فيه ، أو تغيب أحد الخصوم عـــند تقـــديم العقد إلى المحكمة ، فليس معنى ذلك إهدار كل قيمة لهذا العقد، بل يتعين عليها أن تعتبر هذا العقد سندا فى الدعوى يجوز لها أن تحكـــم بمقتضـــاه ، وقـــد يتضمن هذا السند إقرارا من الخصم أو تركا للخصومة باعتباره بيانا كتابيا موقعا عليه منه ، مع توقيع خصمه عليه أو اطلاعه عليه (م١٤١ مرافعات) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) — " لـــئن كان لا يجوز للمحكمة أن توثق عقد الصلح المبرم بـــين الطـــرفين مـــتى رجع أحدهما فيه ، إلا أن عليها أن تعتبره سندا فى الدعوى يجوز لها أن تحكم بما تضمنه " .

(ب) — " إذا كان الثابت أن عقد الصلح الذى طلبت المطعون ضدها أخذ الطاعن به يعد بيانا كتابيا صريحا موقعا من الطرفين يقرر فيه الطاعن ترك الخصومة فى هذا الطعن ، على نحو تتحقق به إحدى الطرق التى تتطلبها المادة ١٤١ من قانون المرافعات فى شأن ترك الخصومة . وكان الطاعن قد قرر فى عقد الصلح نزوله عن الطعن بعد أن كان ميعاد الطعن بالنقض فى الحكم المطعون فيه قد انقضى وقت إقراره بهذا النـــزول ، ولما كان الطاعن قد أقام دعوى بطلب فسخ عقد الصلح فإن النـــزول عن الطعن أو ترك الخصومة فيه حسب تعبير قـــانون المرافعات — متى حصل

بعد انقضاء ميعاد الطعن فإنه يتضمن بالضرورة نزولا من الطاعن عن حقه في الطعن، وإذا كان النزول عن الحق في الطعن يتم وتتحقق آثاره بمجرد حصوله بغير حاجة إلى قبول الخصم الآخر ، ولا يملك المتنازل أن يعود فيما أسقط حقه فيه ، فإن ترك الخصومة بعد فوات ميعاد الطعن لا يجوز الرجوع فيه ، اعتبارا بأنه يتضمن تنازلا عن الحق في الطعن ملزما لصاحبه بغير حاجة إلى قبول يصدر من المتنازل إليه ، لما كان ذلك . وكان ترك الطاعن الخصومة في الطعن قد تم وأنتج أثره فلا يغير منه إقامة التارك بعد ذلك الدعوى بطلب فسخ عقد الصلح ، ومن ثم فإنه يتعين الحكم بقبول هذا الترك " .

(طعن رقم ١٠٥٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٥)

أما إذا أنكر أحد الخصوم توقيعه على عقد الصلح ، فإن المحكمة تطبق نصوص المواد ١٤، ٣٠ وما بعدها من قانون الإثبات .

طبيعة الحكم الصادر من القاضي بالتصديق على الصلح وآثار ذلك:

١٥٩ـ تصديق القاضي على الصلح بمقتضى سلطته الولائية :

القاضـــي عـــندما يصدق على عقد الصلح ، إنما يصدق عليه بمقتضى ســـلطته الولائية وليس سلطته القضائية لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ، فهو يقوم بمهمة الموثق .

ويترتب على ذلك أن الحكم الذى يقضى بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه ليكون له قوة السند التنفيذى، وإن أعطى شكل الأحكام إلا أنه فى حقيقته لا يعدو أن يكون عقدا وليست له حجية الشئ المحكوم فيه .

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- " إن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا ليس له حجية الشئ المحكوم فيه وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته " .

(طعن رقم ٦٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٤/١٩)

٢- " القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا ليس له حجية الشئ المحكوم فيه " .

(طعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨)

ويترتب على طبيعة الحكم هذه الآثار الآتية :

(أ) – عدم جواز الطعن في الحكم بالطرق المقررة للطعن بالأحكام.

فـإذا طعن فى الحكم بإحدى هذه الطرق ،تعين على المحكمة القضاء بعدم جواز الطعن .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفـاد نص المادة ١٠٣ من قانون المرافعات أن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قـائما بوظيفة الفصل فى خصومة بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية ، ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا وليس له حجية الشئ المحكوم به وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته . لما كان ذلك ، فإن الطعن على هذا الحكم – الذى قضى بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه – غير جائز ".

(طعن رقم ٩٩٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٦/٢٢)

٢- " لا يسـوغ لمحكمـة الاستئناف إذا ما طعن فى الحكم الصادر بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله فى قوة السند واجـب النفاذ أن تعـرض فى حكمها لأى دفاع يثيره الطاعن متعلقا بالموضـوع أيا كان وجه الرأى فيه لما كان ذلك وكان البين من الحكم

المطعون فيه أنـــه قد انتهى صائبا إلى القضـــاء بإلحاق عقد الصلح المؤرخ ١٩٨٣/١٠/١ بمحضـــر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله فى قوة السند التنفيذى و لم يعرض لما آثاره الطاعن من أوجه دفاع متعلقة بالموضوع أيا كان وجه الرأى فيها فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحى النعى عليه بسبب الطعن على غير أساس " .

(طعن رقم ٣٣١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٤)

٣- " لئن كان الحكم الذى يقضى بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه ، لا يعدو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكـــون عقدا وليس له حجية الشئ المحكوم به وإن أعطى شكل الأحكام عـــند إثباته ولا يجوز الطعن فيه من طرفيه لأن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفته – الفصل فى خصومة – بل تكون مهمته مقصـــورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية .... إلخ " .

(طعن رقم١٣٣ لسنة ٥٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٢/٣/٣١)

٤- " القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصـــومة بـــل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطة الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا وليس حكما له حجية الشئ

المحكـــوم به وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته ومن ثم لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام وإنما يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطلانه إلى المحكمة المختصة طبقا للقواعد العامة " .

(طعن رقم ٥٩٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٢٣) [1]

---

(١) وقـــارن طعـــن رقم ٣٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/٣/٣١ فقد أجاز للنيابة العامة الطعن فى حكم التصديق على الصلح بالاستئناف .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" لـــئن كـــان الحكم الذى يقضى بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه ، لا يعدو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون عقدا وليس له حجية الشئ المحكوم به وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته ولا يجوز الطعـــن فـــيه من طرفيه لأن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفـــته – الفصـــل فى خصومة – بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصـــل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضـــائية إلا أنـــه لما كانت النيابة العامة بعد صدور القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ أصـــبحت طـــرفا أصليا فى قضايا الأحوال الشخصية التى لا تختص بها المحـــاكم الجزئية لها ما للخصوم من حقوق وعليها ما عليهم من واجبات فلها أن تبدى الطلبات والدفوع وتباشر كافة الإجراءات التى يحق للخصوم مباشرتها ومـــن ثم فإن الحكم الصادر بقبول الصلح يكون حجة على النيابة العامة ويحق لها الطعن فيه بطريق الاستئناف – لما كان ذلك وكان المقرر وفقا للمادة ٥٥١ مـــن القـــانون المدنى أنه لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالـــنظام العـــام . وكان القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٦ بشأن التوثيق قد وضع شـــروطا لزواج المصرية بأجنبى ، وكانت القيود التى تطلبها هذا القانون من –

(ب) – الحكــــم الصـــادر بالتصديق على محضر الصلح لا يمنع من القضاء بإلغاء العقد الصادر بشأنه :

طالما أن الحكم الصادر بالتصديق على الصلح لا يعدو أن يكون عقدا ليس له حجية الأحكام ، فإنه يجوز القضاء بإلغاء العقد الذى صدر الحكم بالتصديق على عقد الصلح المحرر بشأنه إذا كانت هناك أسباب تؤدى إلى ذلك دون أن يتعارض ذلك مع الحكم الصادر بالتصديق عليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " القاضى وهو يصدق على الصلح- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ، ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعـــدو أن يكـــون عقـــدا ليس له حجية الشئ المحكوم فيه وإن كان يعطـــى شـــكل الأحكام عند إثباته ، لما كان ذلك فإنه لا تثريب على

= الـــنظام العـــام ، فـــلا يجـــوز الصلح عليها ، وكانت النيابة قد طلبت فى الاستئناف المقام منها إلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على سند من أن القـــانون ١٠٣ لسنة ١٩٧٦ قد تطلب فى المادة الخامسة منه توافر عدة شروط لتوثيق عقد زواج المصرية بأجنبى ، وأوجبت المادة السادسة رفض التوثيق إذا لم تـــتوافر تلـــك الشـــروط ، وإذ قضت محكمة أول درجة بإلحاق عقد الصلح المتضمن بنود عقد الزواج المنعقد بين المصرية والأجنبى بمحضر الجلسة وإثبات محـــتواه فـــيه وجعلـــه فى قوة السند التنفيذى دون مراعاة توافر الشروط التى اســـتوجبها القـــانون وهى من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم جواز الاستئناف يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

الحكـــم المطعون فيه إن هو قضى بإلغاء عقد البيع الذى حرر بشأنه عقد صلح صدقت عليه المحكمة لما تبين من أن هذا البيع هو فى حقيقته وصية رجعت فيها الموصية " .

(طعن رقم ٤٦٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

٢-." القاضى وهو يصدق على الصلح- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — لا يكون قائماً بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعـــدو أن يكـــون عقداً ليس له حجية الشئ المحكوم فيه وإن كان يعطى شـكل الأحكـــام عند إثباته ، لما كان ذلك فإنه لا تثريب على الحكم المطعـــون فيه إن هو قضى ببطلان عقد البيع المؤرخ ...الذى حرر بشأن عقـــد صلح صدقت عليه المحكمة لما تبين أنه صورى صورية مطلقة وأن تلـــك الصورية تجعل العقد والعدم سواء مما يترتب على الحكم ببطلانه إلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة على رفع الدعوى بصحته ونفاذه ومنها تسجيل صحيفتها " .

(طعن رقم ٨٩٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٠)

(ج) — إبطـــال أو فســـخ الصلح لا يؤثر على العقد الذى صدر الصلح فى شأنه :

لا يترتـــب عـــلى إبطال أو فسخ الصلح انحلال التصرف الذى صدر الصلح فى شأنه ليحل هذا الصلح محله . وإنما يظل التصرف الأصلى قائما ومنتجا لآثاره المعدلة بعقد الصلح . ومن ثم إذا أبطل الصلح أو فسخ ظل التصرف الأصلى منتجا لآثاره .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الصلح لا يترتب عليه قانونا انحلال التصرف الذى صدر الصلح فى شـأنه ليحل هذا الصلح محله ، وإنما يظل التصرف الأصلى قائما ومنتجا لآثاره المعدلة بعقد الصلح ، بحيث إذا أبطل هـذا العقد أو فسخ ظل التصرف الأصلى منتجا لآثاره دون أن ينال منها الصلح الذى أبطل أو فسخ " .

(طعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥)

(د) – جواز رفع دعوى مبتدأة ببطلان الصلح :

الحكم الصادر بالتصديق على الصلح وإن كان ليس حكما وإن أعطى شكل الأحكام – كما قررنا سلفا – إلا أنه يعد عقدا . ومن ثم يجوز رفع دعـوى مبتدأة ببطلان الحكم الصادر بالتصديق على الصلح أمام المحكمة المختصة طبقا للقواعد العامة أيا كانت المحكمة التى صدقت على الصلح .

ويجـوز لكل من طرفى الصلح طلب إبطال الحكم الصادر بالتصديق لـنقص فى الأهلـية أو الغلط فى الواقـع أو للتدليـس أو لغير ذلك من أسباب البطلان .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مـن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القاضى وهو يصدق على الصلح بإلحاق ما كتبه الخصوم بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه لا يفصل فى خصـومة بل تنحصر مهمته بمقتضى سلطته الولائية فى إثبات ما اتفق علـيه وإن أعطـى الاتفاق شكل الأحكام بيد أنه لا يحوز حجية الأمر

المقضـــى فيه ويكون الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام غير جائز وإنما ترفع دعوى مبتدأة ببطلانه طبقا للقواعد العامة. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن محكمة أول درجة ألحقت عقد الصلح المقدم إليها بمحضـــر جلســـة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٣ وإثبات محتواه وكان الحكم المطعون فيه قد التزم النظر المتقدم بعدم جواز الاستئناف المقام من الطاعن فإن النعى بسبب الطعن يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٣٢٧ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٢/٢٨)

٢- " للغير الذى أضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش أن يرفع دعوى أصـــلية ببطلانه أو يبدى الدفع بالبطلان بالتدخل فى الدعوى التى حصل فيها الصلح " .

(طعن رقم ٥٩٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٢٣)

١٦٠- الحصول على اختصاص بموجب حكم التصديق على الصلح:

يجوز أخذ حق اختصاص بموجب الحكم الصادر بالتصديق على الصلح لا لأنـــه حكم بالتطبيق للمادة ١٠٨٥ مدنى ، بل لأنه قد ورد فى شأنه نـــص خـــاص يجيز أخذ حق الاختصاص ، وهو المادة ١٠٨٧ مدنى التى تجرى على أن : " يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صـــلحا أو اتفاقـــا تم بـــين الخصوم . ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع " [1].

---

(١) السنهورى ص ٥٢٥ وما بعدها – محمد على عرفه ص ٢٩٦ هامش (١) .

١٦١ـ الرسوم المستحقة فى حالة التصديق على الصلح :

راجـــع مؤلفنـــا التعليق على قـــوانين الرســـوم القضائية (ص ١٤٦ وما بعدها) .

إثبات عقد الصلح :

١٦٢ – أولا : فى ظل التقنين المدنى الجديد :

تـــنص المادة ٥٥٢ مدنى على أن : " لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمى " .

والمقصود بالكتابة هنا أى كتابة ولو كانت عرفية والمقصود " بمحضر رسمـــى" هو محضر الصلح الذى يقدمه الخصوم للقاضى فيقوم بالتصديق عليه وإلحاقه بمحضر الجلسة.

وكان النص كما ورد فى المادة ٧٤١ من المشروع التمهيدى خلوا من عـــبارة " أو محضـــر رسمى" إلا أن هذه العبارة أضيفت إلى المادة فى لجنة القانون المدنى لأن اشتراط الكتابة فى إثبات الصلح يوهم بوجوب صدور الكتابة من الطرفين مع أن الصلح يثبت فى محضر رسمى أمام القاضى.

وجـــاء بتقرير اللجنة : " أضيفت إلى المادة عبارة " أو بمحضر رسمى" لأن الصلح يقع أحيانا فى المحاكم ويثبت فى محاضرها [(١)].

---

(١) مجموعـــة الأعمـــال التحضيرية جـــ٤ ص ٤٤٧ وما بعدها- وكانت المادة – كمـــا وردت بالمشـــروع – تتضمن فقرة ثانية تنص على أن : " وإذا تضمن الصـــلح إنشاء حق عينى على عقار ، أو نقل هذا الحق ، أو تعديله أو إنهاءه ، وجـــب تطبـــيق الأحكام المتعلقة بالتسجيل " وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى " وقد يسلم أحد المتصالحين للآخر بأن له حقا عينيا على عقار ، =

والحكمة من اشتراط الكتابة للإثبات أن الصلح يتضمن عادة كثيرا من الاتفاقات والاشتراطات التى هى ثمرة المفاوضات والمساومات الطويلة، التى لا يمكـــن الركون فيها على ذاكرة الشهود ، كما أنه ليس من اللائق أن يكـــون الصلح وهو الذى يجب أن يفض نزاعا ، سببا فى نشوء نزاع آخر فى إثباته [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن ذلك :

" .... وعلـــة ذلك مفهومه ، فإن الصلح لحسم النـــزاع ، فلا يجوز أن يخلق هو نزاعا آخر قد ينشأ عن إباحة إثباته بالبينة. والمتصالحون يحرصـــون عـــــادة على إثبات ما اتفقوا عليه لحسم النـــزاع فى ورقـــة مكتوبة " [٢].

وقد اشترط النص الكتابة للإثبات ، وليس للانعقاد ، لأن عقد الصلح – كما رأينا سلفا– عقد رضائى ينعقد بالإيجاب والقبول.

ومن ثم يترتب على ذلك أنه إذا لم توجد كتابة لإثبات الصلح ، جاز إثـــباته بالإقـــرار والـــيمين ، ويجوز استجواب الخصم لاحتمال أن يقر بالصلح.

كذلـــك يجـــوز إثبات الصلح بالبينة والقرائن ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيه إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل

= فيجـــب أن يسجل الصلح فى هذه الحالة حتى يسرى فى حق الغير ، أما فيما بين المتصالحين فيسرى دون تسجيل " إلا أنها حذفت فى لجنة المراجعة .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٩ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٤ ص ٤٤٧ .

كتـــابى ، أو إذا فقد السند الكتابى الذى كان معدا من قبل بسبب أجنبى (م٦٣ من قانون الإثبات) .

كذلك يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا وجـــد مبدأ ثبوت بالكتابة (م٦٢/١) من قانون الإثبات) .

وإذا كان موضوع الصلح عملا تجاريا جاز إثباته بكافة طرق الإثبات ولو تجاوزت قيمته خمسمائة جنيه (م ٦٠ من قانون الإثبات) [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" .... والكـــتابة لازمة للإثبات لا للانعقاد ، فيجوز الإثبات باليمين والإقرار ، ولكن لا يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن ولو فى صلح لا تزيد فيمته على عشرة جنيهات " خمسمائة جنيه الآن " إلا إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو إذا وجد مانع يحول دون الحصول على الكتابة " [٢].

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" .... وإذ كان القانون المدنى قد نص فى المادة ٥٥٢ منه على أن " لا يثبـــت الصـــلح إلا بالكـــتابة أو بمحضر رسمى فهذه الكتابة لازمة للإثـــبات لا للانعقاد وتبعا لذلك يجوز الإثبات بالبينة أو القرائن إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ...... إلخ " .

(طعن رقم ٩٢٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٧٦/١/١٤)

---

(١) السنهورى ص ٥٢٩— محمد على عرفه ص ٢٩٧— يس محمد يحيى ص٤١٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٤ ص ٤٤٧ .

١٦٣ – ثانيا: فى ظل القانون المدنى القديم :

لم يــرد نص فى القانون المدنى القديم خاصا بإثبات الصلح . ولذلك كانت تطبق القواعد العامة فى الإثبات فيجوز إثباته بالبينة إذا لم تتجاوز قيمته عشرة جنيهات .

غـــير أن المحاكم المختلطة ألزمت نفسها بنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٤٤ مـــن القـــانون المدنى الفرنسى التى أوجبت أن يحرر عقد الصلح بالكـــتابة ، واقتضـــت إثبات عقد الصلح بالكتابة أيا كانت قيمته ، بل كانت هذه المحاكم أشد غلوا فى تفسير النص المذكور من المحاكم الفرنسية نفسها ، فلم تجز الإثبات بالبينة عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة [١].

(شـــروط الصحـــة)

١٦٤ـ تـعـداد :

شـــروط الصحة فى عقد الصلح ، شأنها شأن شروط الصحة فى أى عقد آخر ، وشروط الصحة شرطان هما :

١- توافر الأهلية فى الطرفين المتصالحين.

٢- خلو إرادة الطرفين المتصالحين من عيوب الإرادة .

---

(١) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر ١٨٧٩ ، ١٠ أبريل ١٨٨١ مشار إليهما فى محمود جمال الدين زكى ص ٤٠ هامش (٤) .

موضوع رقم (١٦)

(الأهلية فى عقد الصلح)

١٦٥ – النص القانونى :

المادة (٥٥٠) مدنى :

" يشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض فى الحقوق التى يشملها عقد الصلح " .

١٦٦ – الأهلية فى الصلح هى أهلية التصرف بعوض:

تتطلب المادة ٥٥٠ مدنى فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض فى الحقوق التى يشملها عقد الصلح . فلا يكفى أن تتوافر لدى المتصالحين أهلية التعاقد فقط ، بل يجب أن تتوافر فيهما أهلية التصرف بعوض فى الحق المتنازع فيه ، لأنه يترتب على الصلح تنازل كل من المتصالحين عن جزء من ادعائه نظير تنازل الآخر عن جزء من ادعائه. وهذا النزول بمقابل هو تصرف بعوض ، ومن ثم يجب أن تتوافر للمتصالح أهلية التصرف فى الحقوق حتى يعتد بتنازله عن جزء منها .

وأهلية التصرف بعوض يقصد بها أهلية القيام بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

ويكفى توافر هذه الأهلية لدى المتصالحين ، ولا يلزم أن تتوافر لهما أهلية التبرع ، لأنه وإن كان من مقتضى الصلح التنازل عن بعض الحقوق

فـــإن هـــذا التنازل لا يقصد به التبرع ، بل إنه يكون فى مقابل حصول المتنازل على تضحية مقابلة من جانب الطرف الآخر .

والأهلـــية الكاملـــة تتوافر للشخص الذى بلغ الحادية والعشرين سنة ميلادية متمتعا بقواه العقلية ، و لم يحجر عليه (م٤٤ مدنى).

١٦٧ – البالغ الرشيد :

إذا بلغ الشخص سن الرشد وهو ٢١ سنة ميلادية كاملة متمتعا بقواه العقلـــية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وبالتالي تثبت له أهلية التصرف بعوض ، ويجوز له التصالح على كافة الادعاءات.

وثمـــة حالة خاصة يحرم فيها القانون البالغ الرشيد من أهلية الصلح . وهـــى حالة الصلح بين الوصى والقاصر الذى بلغ سن الرشد . إذ تنص المـــادة ٥٢ المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن :

" يكون قابلا للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كـــان فى وصايته وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال ســـنة مـــن تاريخ تقديم الحساب المشار إليه فى المادة ٤٥ " . فقد افترض المشرع أن المخالصة التى أمضاها من بلغ سن الرشد أو التعهد الذى أخذه على نفسه لمصلحة الوصى أنه صلح تم بين الطرفين[1] ، ولكنه صلح فرضه

---

(١) الســـنهورى ص ٥٣٢ وما بعدها – محمد على عرفه ص ٣٠١ وما بعدها – أكـــثم الخـــولى ص ٣٠- محمد كمال حمدى الجزء الأول ص١٧٤ – وقارن الدكـــتور يـــس محمد يحيى ص ٢٣٦ إذ يرى أن نص المادة ٥٢ المشار إليه لا يساعد على التخريج الوارد بالمتن وأنه من التعسف فى تفسير هذا النص القول بأن هذه المخالصة أو هذا التعهد يتضمن صلحا لأن كلا منهما تصرف صادر مـــن جانب واحد وبإرادة منفردة من القاصر ، فى حين أن المعنى الفنى لمفهوم

الوصــى على من كان قاصرا مستغلا للظروف التى هو فيها وتلهفه على وضــع يده على أمواله ، فإذا صدرت هذه المخالصة أو هذا التعهد خلال ســنة مــن تاريخ تقديم الوصى للحساب ، اكتملت القرينة التى فرضها القانون ، لأن هذه المدة ليست كافية ليتخلص الشخص من تأثير وصيه السـابق ، وليــتاح للقاصر الذى يرشد فرصة مقبولة لدراسة موقفه من الوصــى والاطلاع على الحساب والاسترشاد بذوى الخبرة ، ومن ثم فقد أقــام المشرع قرينة على أن التعامل فى هذه الأحوال إنما يتم تحت الضغط والإكــراه . وهى قرينة لا تقبل إثبات العكس ، فجعل هذا التعهد وهذه المخالصــة قابلة للإبطال وهو بطلان نسبى مقرر لمصلحة القاصر ، وقصد منه حماية مصلحة الرشيد فى الفترة المذكورة ، فلا يترتب أثر البطلان إلا بناء على طلبه .

ولكــن هذا البطلان لا يرجع إلى نقص أهلية من كان قاصرا فى عقد الصــلح ، فقد بلغ رشيدا وأصبح أهــلا للتصالح وإنما يرجــع البطلان للظــروف الــتى ذكــرناها إذ أقام المشرع قرينة على أن التعامل فى هذه الأحوال إنما يتم تحت الضغط والإكراه ، وهى قرينة قانونية لاتقبل إثبات العكس ، أى أن البطلان يرجع إلى عيب فى الإرادة وهو الإكراه المفترض لا إلى نقص الأهلية [1] .

الصــلح كمــا حدده القانون هو النــزول المتبادل من الطرفين عن جزء من ادعاءاتــه ، فضلا عما فى هذا الرأى من قيد على حرية القاصر الذى بلغ سن الرشد فى الحد من تصرفاته .

(١) السنهورى ص ٥٣٢ وما بعدها – كمال حمدى الجزء الأول ص ١٧٤.

والـــبطلان لا يلحق سوى الصلح المتعلق بأمور الوصاية . وفيما عدا ذلك يعتبر الصلح الحاصل بين القاصر الذى بلغ رشده ووصيه السابق عن أيـــة مـــنازعة لا تمس أمور الوصاية صحيحا ملزما لطرفيه . وتعليل ذلك ظاهـــر وهـــو أن الشخص البالغ رشده أهل لأن يتصالح فى كل شأن من شـــئونه إلا مـــا تعلق منها بأمور الوصاية فيمتنع عليه الصلح بشأنها إذا لم تتوافر الشروط التى يتطلبها القانون[١] .

غـــير أنه يمكن القول بأن كل تعهد أو مخالصة تصدر ممن كان قاصرا لمصلحة وصيه السابق فى خـــلال السنة يفترض فيها أنهـــا متعلقة بأمـــور الوصاية إلى أن يقيم الوصى السابق الدليل على العكس[٢] .

ولا يسرى حكم النص على الصلح الذى يعقده القاصر بعد بلوغه مع ورثة وصيه السابق ، كما لا يسرى على الصلح الذى يعقده الوصى مع ورثة القاصر، إذ أن القانون قصد حماية القاصر دون ورثته ، كما أنه قصد أن يحميه من استغلال وصيه بالذات خشية أن يكون متأثرا بسلطانه السابق . فلا مبرر إذن لإسداء هذه الحماية إلى تعامل الرجل الرشيد مع ورثة وصيه السابق لانتفاء العلة التى من أجلها تقرر البطلان [٣].

وهـــذه الدعـــوى وإن كانـــت قائمة على الإكراه المفترض إذ يرجع الـــبطـــلان لعيب فى الإرادة- كما أوضحنـــا سلفا — إلا أنها تعتبر من

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٠٢ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٥٣٣ هامش (١) أكثم الخولى ص ٣٠ هامش (١) .

(٣) محمد على عرفه ص ٣٠٣ — السنهورى ص ٥٣٣ هامش (١) .

الدعـــاوى المتعلقة بأمور الوصاية فتسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الـــذى انتهت فيه الوصاية (م١/٥٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) بعكـــس الحال فى دعوى الإبطال للإكراه التى نصت المادة ١٤٠ مـــدنى على أنها تسقط بثلاث سنوات من يوم انقطاع الإكراه أو بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد [1].

ويســـرى حكم المادة ٥٢ سالفة الذكر على التعهد أو المخالصة التى تصدر ممن كان محجورا عليه ورفع عنه الحجر لمصلحة القيم السابق .

١٦٨- الصبى المميز والمحجور عليه :

الصب المميز لا يجوز له كقاعدة عامة مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وإنما يباشرها وليه أو وصيه نيابة عنه على النحو المبين فى القانون .

إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة ما يأتى :

---

(١) الســـنهورى ص ٥٣٣ ومـــا بعدها – محمد كمال حمدى ص ١٧٥- أكثم الخولى ص ٣٠- وقارن محمد على عرفه ص ٣٠٢ هامش (١) فيرى أن دعوى الـــبطلان لا تسقط إلا بالتقادم الطويل إذ يذهب إلى أن " تقضى المادة ١٤٠ من القانون المدنى الجديد بسقوط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خـــلال ثلاث سنوات . وحددت بدء سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية مـــن الـــيوم الذى يزول فيه هذا السبب. لما كان البطلان مقرر لمن يبلغ سن الرشـــد تحقـــيقا لمصـــلحة عامة وهى منع تلاعب الأوصياء بمن كانوا تحت إشـــرافهم وفى رعايتهم ، فإننا نرى أن دعوى البطلان لا تسقط إلا بالتقادم الطويل ، وفقا لما جاء بالفقرة الثانية من المادة ١٤١ " .

١- الصلح على المال الذى يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة لأغراض نفقته (م٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥).

٢- الصلح على المال الذى يكسبه القاصر الذى بلغ السادسة عشرة من عمله من أجر أو غيره (م٦٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

٣- الصلح على الحقوق الناشئة عن الإدارة للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة وأذن له بالإرادة (م٥٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ [(١)].

وكذلك الصلح على الحقوق الناشئة عن تجارته إذا أذن له فى ذلك (م٥٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

ويجوز للولى التصالح على حقوق القاصر مع مراعاة القيود الآتية :

١- لا يجوز للولى أن يتصالح على عقار القاصر مع نفسه أو زوجته أو أقاربه أو أقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز له التصالح على رهن عقار القاصر لدين لنفسه (م٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٠٩ لسنة ١٩٥٢) .

٢- لا يجوز للأب أن يتصالح على العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة (م٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

---

(١) محمد على عرفه ص ٢٩٨ وما بعدها- السنهورى ص ٥٣٥- يس محمد يحيى ص ٢٣٨ .

٣- لا يجوز للولى التصالح على المال المورث للقاصر إذا كان مورث القاصر قد أوصى بذلك ، إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها (م٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).

٤- لا يجـــوز للولى التصالح على إقراض مال القاصر ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة (م٦ من المرسوم بقانون رقـم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).

ويلاحظ أن القيود سالفة الذكر لا تسرى على ما آل إلى القاصر من مـــال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا (م ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).

٥- لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصالح على مال القاصر أو على التنازل عن التأمينات أو إضعافها (م١٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة السابعة من المرســـوم بقانـــون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه " لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة، يدل على أنه يجوز للولى إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوق القاصر ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح

عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه وأن له دون إذن قبض المستحق للقاصر " .

(طعن رقم ٧٧ ٦٦ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٣/١٢)

أما الوصى فلا يجوز له التصالح على حقوق القاصر إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة (م٣٩ / ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

ويبين مما تقدم أن ولاية الأب فى الصلح أوسع نطاقا من ولاية الجد إذ أن الجد ليس له أن يبرم صلحا عن الصغير الذى فى ولايته فى جميع الأحوال إلا بإذن من المحكمة [1].

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت واقعة الدعوى هى أن زيدا المحجور عليه كان مدينا لبكر فى مبلغ ٣٥١٠ ج بمقتضى حكمين أحدهما نهائى بمبلغ ٢١٩٠ ج والآخر ابتدائى استؤنف بمبلغ ١٣٢٠ج ، وأن القيم اتفق مع الدائن على أن يتنازل عن ١٩٠ج من الدين المحكوم به نهائيا وعن كل الدين الآخر ويصبح كل ماله ٢٠٠٠ ج فقط ، وأخذ الدائن هذا المبلغ من خالد ، وفى نظير ذلك كتب له المحجور عليه – وهو فى مدة وضعه تحت الاختبار – على نفسه سندات بهذا المبلغ ، فإن هذا الاتفاق الذى تم لا يعتبر صلحا بالمعنى القانونى إذ هو لم يترك بمقتضاه كل من المتعاقدين جزءا من حقوقه على وجه التقابل لقطع نزاع حاصل أو لمنع وقوع نزاع ، وإنما هو مجرد اتفاق حصل بمقتضاه القيم على تنازل من جانب الدائن وحده للمحجور عليه المدين عن بعض ما عليه من الدين قبل الحجر ، وهو اتفاق فيه نفع محض للمحجور عليه إذ هو لم يلتزم =

والمحجــور علـــيه كالصبى المميز ، وولاية القيم فى الصلح على ماله كولاية الوصى فى الصلح على مال القاصر .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " متى كانت المحكمة قد قررت أن المجلس الحسبى لم يأذن للوصيين بمباشرة الصلح الذى بينهما وبين الطاعن والذى سلما فيه بطلبه فسخ العقد المحرر بينه وبين مورث المطعون عليهم على أساس أنه عقد رهن فإن فى هذا الذى قررته ما يكفى لحمل قضائها بإبطال هذا الصلح وفقا للمادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية . أما ما ورد فى الحكم فى خصوص العقد المشار إليه واعتباره عقد بيع وفائى صار بيعا باتا لا عقد رهن فهو من قبيل التزيد الذى استطردت إليه المحكمة دون أن تكون فى حاجة إليه ودون أن يؤثر على سلامة النتيجة التى انتهت إليها، ذلك بأنه متى كان العقد المذكور هو بحسب ظاهره عقد بيع وفائى فيكون الصلح الذى يقصد به اعتباره عقد رهن قابلا للإبطال إذا لم يكن مأذونا به من المجلس الحسبى ، ومادام نطاق الدعوى كان محصورا فى هذا الطلب فيكون التعرض لما عداه غير لازم للفصل فيها " .

(ب)- " إنه وإن كان لم يرد فى المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية نــص صريح على إبطال التصرفات الواردة فيها إذا ما باشرها الأوصياء

= فيه بشئ جديد بل نقصت به التزاماته السابقة إلى حد كبير ، فهو والحالة هذه لا يقتضى الحصول فى شأنه على إذن من المجلس الحسبى " .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٣/٢٩)

بـــدون إذن من المجلس الحسبى إلا أنه لما كان الأمر فى هذه الحالة متعلقا بأهلـــية ناقصة وقد أوجب القانون إذن المجلس الحسبى لتكملتها فيسرى علـــيها بغـــير حاجة إلى نص خاص حكم المادة ١٣١ من القانون المدنى (القـــديم) الذى يقضى بأن مجرد نقص الأهلية موجب لإبطال المشارطة حتى ولو تجردت من أى ضرر أو غبن بالقاصر " .

(ج)- " متى كان عقد الصلح قد اشتمل على تسليم الوصى باعتبار العقد المحرر بين الطاعن ومورث المطعون عليهم عقد رهن لا عقد بيع وفائى خلافا لظاهره فيكون صحيحا ما قررته المحكمة من أنه قد تضمن نزولاً عن حق متنازع عليه لا تخالصا عن دين " .

(طعن رقم ١٢٦ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤)

٣- الصبى غير المميز :

الصبى غير المميز وهـــو الذى لم يبلغ السابعـــة يعتبر فـــاقدا للتمييز (م٤٥/٢) ، ولا يكون أهلا لمباشرة جقوقه المدنية (م ٤٥/١ مدنى) .

فهـــو لا يملك مجرد التعاقد ، والتصرف من باب أولى وبالتالي لا يملك الصلح على حقوقه .

وقـــد ناط القانون بالولى والوصى التصالح على حقوقه ، وذلك وفقا للضوابط التى ذكرناها بالنسبة للصبى المميز .

والمجنون والمعتوه فاقدا التمييز كالصبى غير المميز .

راجـــع فى التفصـــيل بند (٦٦) وراجع فى البالغ الرشيد المحكوم عليه بعقوبة جناية بند (٦٧) والبالغ الرشيد ذى العاهتين بند (٦٨) .

موضـــوع رقم (١٧)

(عيوب الرضاء فى عقد الصلح)

١٦٩- وجوب أن يكون الرضاء خاليا من العيوب :

يخضع عقد الصلح - إلا ما استثنى- للقواعد العامة التى تحكم الرضاء فى العقــود ، فيجب أن يكون الرضاء بالصلح خاليا من العيوب ، شأنه شأن أى عقد آخر .

وعـــيوب الرضاء هى: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال . إلا أن القـــانون أتـــى بحكم خاص بالنسبة للغلط فى عقد الصلح فنصت المادة ٥٥٦ مدنى على أنه لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون .

وكـــان المشـــروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن أربع مواد أخرى (المواد ٧٤٨ - ٧٥١) فى تنظيم عيوب الرضا فى الصلح إلا أنهـــا حذفت فى لجنة المراجعة لأن أحكامها مستفادة من القواعد العامة [١] .

وعلى ذلك إذا شاب الرضاء تدليس كان الصلح قابلا للإبطال لمصلحة من دلس عليه .

ومثال ذلك :

١- أن يتناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين العاقدين بوجه عام ، ثم تظهـــر بعـــد ذلك أوراق لم تكن معـــروفة وقت الصلح لأن أحـــد المتعاقدين كان قد أخفاها عن العاقد الآخر .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص٤٥٨ وما بعدها أنظر أيضا بند (١٧٤).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الإكراه والتدليس يجعلان الصلح قابلا للبطلان ، كما هو الحال فى أى عقد آخر ، ومن أمثلة التدليس أنه إذا تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين بوجه عام ، ثم ظهرت بعد ذلك أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح ، فلا يكون ذلك سببا فى بطلان العقد لأن المفروض أن هذا الغلط غير جوهرى مادام الصلح يتناول جميع المنازعات القائمة لا نزاعا معينا بالذات ، ما لم تكن هذه الأوراق قد أخفيت وكان ذلك بفعل أحد المتعاقدين ، لأن هذا يعد تدليسا مبطلا للصلح ، ويلاحظ أن الأوراق إذا أخفيت بفعل أجنبى ، فإن كان متواطئا مع أحد المتعاقدين، جاز أن يعتبر هذا تدليسا صادرا من المتعاقد " [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنه وإن كانت المادة ٥٣٥ من القانون المدنى القديم تنص على أنه "لا يجوز الطعن فى الصلح إلا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع فى الشخص أو فى الشئ أو بسبب تزوير السندات التى على موجبها صار الصلح وتبين بعده تزويرها إلا أن تطبيق هذه المادة مقصور على المتعاقدين أما الأجنبى عن الصلح فإنه لا يحاج به " .

(طعن رقم ٦٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٤/١٩)

٢- أن يكون الدائن قد دفع إلى صلح تحت تأثير الاعتقاد بعسر المدين واحتياجه بعد أن ثبت أن هذا الاعتقاد لم ينشأ إلا عن احتيال المدين [(٢)].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص٤٦٠ .

(٢) استئناف مختلط ٧ يونيو ١٨٩٣..

٣- إذا تصالح المستأمن مع المؤمن على أن يأخذ مبلغا معينا فى مقابل أن يتنازل له عن ملكية السفينة إذا ما وصلت إلى الميناء ، وكان المستأمن قد أخفى على المؤمن الالتزامات التى تقع على السفينة [١].

٤- إذا ربح سند جائزة وكتم بائع السند عن مشتريه هذا الأمر ، وطالبه بالفسخ لعدم دفع الثمن ، ثم صالحه على الفسخ [٢].

وإذا شاب الرضاء إكراه ، جاز أيضا إبطال الصلح وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادتين ١٢٧ ، ١٢٨ مدنى . ومثال ذلك :

١- صلح أكره عليه ربان سفينة برفع دعوى عليه دون أى سند قانونى ، وكان الغرض الوحيد منها هو الحكم عليه بتعويض لاحق للمدعى فيه ، ولكن ترتب عليها توقيع الحجز على سفينة ومنعها من مغادرة الميناء فى اليوم السابق مباشرة على اليوم المحدد لرحيلها [٣].

٢- إذا هدد أحد المتصالحين الآخر بأن يحرك ضده الدعوى العمومية عن طريق الشكوى عن فعل يعتبر جريمة ماسة بالشرف أو السمعة والكرامة ، وتوصل عن طريق هذا التهديد إلى إرغامه على الصلح فيما يتفرع عن هذا الفعل من نتائج مالية [٤].

---

(١) محكمة بوردو فى ٢ أبريل ١٨٣٥ .

(٢) حكم محكمة الاسكندرية المختلطة فى ١٩٢٩/١٢/٣١.

(٣) نقض فرنسى في ١٩ فبراير ١٨٧٩ .

(١) محمد على عرفه ص ٣٣٢ .

وإذا شاب عقد الصلح استغلال أحد الطرفين فى الطرف الآخر طيشا بينـــا أو هوى جامحا فدفعه إلى إبرام الصلح فإنه يجوز للمستغل أن يطلب إبطال الصلح رافعا دعوى الاستغلال طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادتين ١٢٩ ، ١٣٠ مدنى .

أمـــا مجرد الغبن دون أن يكون مشوبا باستغلال ، فلا يكون سببا فى إبطال الصلح .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أمـــا الغبن فلا يؤثر فى الصلح ، إلا إذا تبين أن أحد المتصالحين قد استغل حاجة المتصالح الآخر أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكـــه فيجوز الطعن فى الصلح وفقا للمادة ١٧٩ من المشروع "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفـــاد نص المادة ٥٤٩ من القانون المدنى أن من أركان عقد الصلح نزول كل من المتصالحين عن جزء مما يدعيه وإذ كان لا يشترط فى الصلح أن يكـــون مـــا ينـــزل عنه أحد الطرفين مكافئا لما ينـــزل عنه الطرف الآخـــر ومن ثم فلا محل لادعاء الغبن فى الصلح . وكان القانون المدنى لم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٦٠ – وكانت الفقرة الثانية من المادة ٧٤٧ مـــن المشـــروع التمهيدى تنص على أن : " ولا يجوز الطعن فيه بسبب الغـــبن أو بسبب غلط فى القانون " إلا أن اللجنة عدلت المادة كلها إلى النص الـــراهن اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٤ ص ٤٥٨ وما بعدها)

يجعل الغبن سببا من أسباب الطعن فى العقود إلا فى حالات معينة ليس من بيـــنها الصلح ، إذ تقتضى طبيعته ألا يرد بشأنه مثل هذا النص فإن النعى على الحكم المطعـــون فيه بعـــدم إجـــازة الطعن بالصلح بالغبن هو نعى لا أساس له " .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨)

الغلط فى القانون فى عقد الصلح :

١٧٠ـ المقصود بالغلط فى القانون :

المقصـــود بالغلط فى القانون ، الغلط فى القواعد القانونية التى ليست محلا للخلاف ، فهذا هو الذى يحتج به .

أما الغلط فى المسائل المختلف عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له فى صحة العقد. ولكن يشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فعـــلا ، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم ، فإن الشخص إذا رجح رأيا على رأى خطأ ما عد هذا غلط فى القانون [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر فى قضاء هذه المحكمة وفقا للمادتين ١٢٠ ، ١٢٢ من التقنين المدنى أن للمتعاقد الذى وقع فى غلط فى القانون أن يطلب إبطال التصرف الذى شابه هذا الغلط متى كان جوهريا ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه " .

(طعن رقم ٨٤٦ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣)

---

(١) يس يحيى ص ٢٥١ .

ويلاحظ أن الغلط فى القانون ينبغى ألا يلتبس مع قاعدة أخرى تقضى بأنه لا يعذر المرء بجهله القانون . فإن نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ويدخل فى هـــذه القوانين الجنائية وبعض القوانين المدنية كالقانون الذى يحدد حـــد أقصى للفائدة . أما إذا كان الغلط واقعا فى مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام فيمكن التمسك به لإبطال العقد إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما هو الحال فى عقد الصلح (١).

١٧١ – لا يجوز الطعن فى الصلح لغلط فى القانون :

تقضـــى القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ١٢٢ مدنى بأن العقد يكون قـــابلا للإبطـــال لغلط فى القانون إذ جـــرى نص المادة على أن : " يكـــون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره" .

إلا أن المادة ٥٥٦ مدنى – بالتطبيق لعجز المادة السابقة- استثنت من حكمها الغلط فى تطبيق القانون فى عقد الصلح ، فلا يكون عقد الصلح قـــابلا للإبطال لغلط فى القانـــون إذ نصت على أن : لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون " (٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٥٩ .

(٢) **الوضع فى ظل القانون القديم :**

ســـار القضاء فى ظل القانون القديـــم على استبعاد الغلط فى القانون فى عقد الصلح رغم انعدام نص صريح مماثل للمادة ٥٥٦ مدنى . فقد كانت المادة ٦٥٧/٥٣٥ من القانون القديـــم تنص على أنه : " لا يجوز الطعن فى =

وقـــد بـــررت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى استبعاد عقد الصلح من القواعد العامة فى إبطال العقد لغلط فى القانون بقولها :

" والسبب فى أن الغلط فى فهـــم القانون لا يؤثر فى الصلح ، أن المتصالحين كانا وهما فى معرض المناقشة فى حقوقهما ، يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نـــزاع على هذه الحقوق ، بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر ، فلا يسمع من أحد منهما بعد ذلك أنه غلط فى فهم القانون " [١].

= الصلح .إلا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع فى الشخص أو الشئ أو بسبب تزوير السندات التى على موجبها صار الصلح وتبين بعده تزويرها " .

وقد أسست غالبية الأحكام استبعاد الغلط فى القانون على أن أسباب البطلان وردت عـــلى سبيل الحصر فى هذا النص (استئناف القاهرة ٤ مايو ١٨٩٩ الحقوق ١ لسنة ١٤ ص ١٨٢- كفر الزيات الجزئية فى مايو ١٩١٣ الشرائع السنة الأولى ص ٥١).

ولكن هذا التعليل غير سليم لأن المادة لم تذكر كل أسباب البطلان ، والقول بـــه معناه أن الصلح لا يبطل للإكراه أو نقص الأهلية لانعدام النص عليها. وهذا غير مقبول و لم يدر بخلد أحد .

وكان يمكن استبعاد الغلط فى القانون من بين أوجه بطلان الصلح ، لا لأن المـــادة ٦٥٧/٥٣٥ قـــد عددت هذه الأوجه على سبيل الحصر ، وإنما على أســـاس الاستنتاج العكسى لمضمون نصها لا يجوز الطعن فى الصلح " بسبب غلـــط محســـوس فى الشـــخص أو فى الشئ " ، فيقصد به الغلط فى الواقع واستبعاد الغلط فى القانون (محمود جمال الدين زكى ص ٢٩ وما بعدها — أكثم الخولى ص ٢٤ هامش ١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٦١ .

والواقـــع أن حكم المادة ٥٥٦ مأخوذ عن حكم المادة ٢/٢٠٥٢ من التقـــنين الفرنسى ، وكان التعليل السابق يتردد كثيرا فى الفقه الفرنسى ، وهو تعليل لم يتقبله الفقه الحديث ، وقد حاول مع فقده للمبدأ ذاته ، أن يجد له أساسا منطقيا ، واقترحت تعليلات كثيرة لعل أحدثها وأصحها ما يقوم على رد هذه القاعدة إلى طبيعة الصلح ذاته وحقيقة إرادة المتصالحين. ذلـــك أن الطرفين حينما يتنازلان بالصلح عن حق الدعوى الثابت لكل مـــنهما إنما يتنازلان عن طرح النـــزاع أمام القضاء ليقول كلمة القانون فيه مبينا ما يقوم عليه أحد الادعاءين من غلط فى القانون ، فهما فى الواقع يتـــنازلان عن معرفة حكم القانون فى نزاعهما ويفضلان حسمه عن غير الطريق الطبيعى لفضه متحملين بذلك مخاطر ما قد يقعان فيه من غلط فى فهم أحكام القانون . فإذا أجزنا لهما بعد ذلك الطعن فى الصلح بالغلط فى القانون لخالفنا الغرض من الصلح وأهدرنا إرادة المتعاقدين [١].

١٧٢ـ نطـــاق تطبـيق قـــاعـدة عـــدم الطعن فى الصـلح بالغلط فى القانون :

قـــاعدة عدم الطعن على الصلح لغلط فى القانون ، قاعدة استثنائية مســـتمدة من نص المادة ٥٥٦ مدنى على خلاف القاعدة العامة التى تجيز الطعـــن فى العقود بالغلط فى القانون والمنصوص عليها بالمادة ١٢٢ مدنى، ومن ثم كان يجب على القضاء تطبيق هذا الاستثناء تطبيقا ضيقا ، إلا أن ذلك لم يتحقق ، وتوسع القضاء فى تطبيق هذه القاعدة الاستثنائية .

---

(١) أكثم الخولى ص ٢٢ وما بعدها — السنهورى ص ٥٤ .

وعلى سبيل المثال فإن القضاء يرفض إبطال عقد الصلح إذا اجتمع الغلط فى القانون مع الغط فى الواقع ، وجعل الغلط فى القانون يجب الغلط فى الواقع إذا كان هذا الغلط غير مغتفر. فإذا اصطلح شخصان فى شأن سند باطل ، وكانا واقعين فى غلط فى الواقع وغلط فى القانون ، فى شأن هذا البطلان ، فإن الصلح مع ذلك لا يبطل للغلط إذا ظهر أنه كان ينبغى أن يدرك المتصالحان بطلان السند [١].

١٧٣- الغلط فى الواقع :

لم يأت التقنين المدنى الجديد بأى حكم استثنائى فيما يتعلق بالغلط فى الواقع فتطبق القواعد العامة المنصوص عليها فى المادتين ١٢٠ ، ١٢١[٢]

---

(١) نقض فرنسى ١٩ ديسمبر ١٨٦٥ – السنهورى ص ٥٤٠ وما بعدها– أكثم الخولى ٢٤ وما بعدها .

(٢) **تنص المادة ١٢٠ على أن :**

" إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

وتنص المادة ١٢١ على أن :

" ١- يكـــون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط

٢- ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص:

مدنى ، وبناء على ذلك يجوز إبطال الصلح إذا وقع أحد المتعاقدين فى غلط جوهرى فى الوقائع سواء كان الغلط فى شخص المتعاقد أو فى صفته أو فى الشئ محل النـــزاع أو فى صفته أو فى الباعث متى كان هذا الغلط هو الدافع إلى التعاقد وكان المتعاقد الآخر قد وقع فى الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

ومن أمثلة إبطال الصلح لغلط فى الواقع ، اتفاق المجنى عليه مع الجانى الذى تسبب فى إصابته أو مع شركة التأمين على التصالح على مبلغ معين، ثم يتبين فيما بعد أن الإصابة أكثر جسامة ، وتكشف عن ضرر يخـــتلف فى طبيعته عن الضرر الذى كان موجودا وقت الصلح ، كحدوث عاهة مستديمة أو موت المصاب ، وليس كذلك تفاقم الضرر الذى كان موجودا وقت الصلح ، فلا يعدو أن يكون غبنا ، والغبن لا يؤثر فى الصلح .

ويلاحظ أن شركات التأمين فى فرنسا تضع شروطا فى عقود الصلح تحميها من المطالبة بإبطالها إذا تبين للمضرور ضرر جديد أو تفاقم الضرر السابق ، فتشترط شركات التأمين على المضرور أن يوقع على كونه قبل

= (أ) إذا وقـــع فى صفة للشئ تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين ، أويجب اعتـــبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية.

(ب) إذا وقـــع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد " .

كونه قبل الصلح وتنازل عن المطالبة بأية مبالغ أخرى عن الأضرار التى تتكشف عنها الإصابة. ورغم أن القضاء الفرنسى قد أقـر صحة هذه الشروط إلا أن الفقه ينتقده ، لأن المتعاقد يعتبر واقعا فى غلط ، ولا تصح إجازة هذا العقد المشوب بغلط إلا بعد أن ينكشف الغلط (١).

ومن هذه الأمثلة أيضا إذا اشترى شخص أرضا معتقدا أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار ، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له وأن الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها إلى الطريق العام. أو شراء سيارة على أنها جديدة و لم تستعمل إلا على سبيل الفحص والتجربة ثم يتبين أنها استعملت كثيرا وأنه سبق ردها من مشتر آخر لهذا السبب(٢) .

١٧٤ـ أمثلة للغلط فى الواقع واردة فى المشروع التمهيدى :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى يتضمن أربع مواد تنظم الغلط فى الواقع فى عقد الصلح هى المواد (٧٤٨ إلى ٧٥١) وهى تقابل المواد (١٠٥٤ –٢٠٥٧) من التقنين المدنى الفرنسى ، إلا أن هذه المواد حذفت فى لجنة المراجعة لأن أحكامها مستفادة من القواعد العامة .

وقد لاحظ بعض الفقهاء(٣) أن تطبيق القواعد العامة على الحالات التى تضمنها المشروع التمهيدى لا يؤدى تماما إلى الأحكام التى تضمنتها

---

(١) السنهورى ص ٥٤٣ وما بعدها – محى الدين علم الدين ص ٦٤.

(٢) الدكتور عبد المنعم الصده فى مصادر الالتزام ١٩٨٦ ص ١٩٠.

(٣) يس يحيى ص ٢٧٤ وما بعدها – أكثم الخولى ص ٢٤ هامش (١) .

النصوص ، بل إن منها مالا يمكن أن يؤدى إليه مجرد تطبيق القواعد العامة فى الغلط .

ونعرض لأحكام هذه المواد فيما يلى :

١- كانت المادة ٧٤٨ تنص على أنه :

" ١- يكون الصلح قابلا للبطلان ، إذا كان قد أبرم تنفيذا لسند باطل ، وكان المتعاقد يجهل هذا البطلان بسبب غلط مادى . والغلط مفروض لصالح من يدعيه ، إلا إذا ثبت العكس إما من عبارات العقد ذاته أو من إقرار المدعى أو من نكوله عن اليمين .

٢- أما إذا وقع الصلح صراحة على بطلان السند ذاته ، فإن العقد يكون صحيحا " .

وفى هذا النص مخالفة للقواعد العامة لأنه يقرر أن الغلط مفروض لصالح من يدعيه إلا إذا ثبت العكس إما من عبارات العقد ذاته أو من إقرار المدعى أو من نكوله عن اليمين . وهذه القرينة لا يمكن الأخذ بها حاليا بعد حذف هذا النص .

٢- كانت المادة ٧٥٠ تنص على أن :

" يكون الصلح قابلاً للبطلان إذا حسم نزاعا سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم " .

وحذف هذا النص من المشروع يحيلنا إلى القواعد العامة . وهى تسمح بإبطال الصلح ولو كان الحكم المجهول مما يجوز استئنافه إذا ثبت الغلط كما تسمح برفض طلب إبطال الصلح ولو كان الحكم المجهول غير

قابل للطعن بأى طريق إذا انتفى الغلط . كذلك يلاحظ أن تطبيق القواعد العامة فى الغلط لا يسمح غالبا بطلب الإبطال إلا للطرف الذى صدر الحكم لمصلحته دون الطرف الذى صدر هذا الحكم ضده [١].

ويذهب رأى بأن الأدق فى هذا الصدد أن الصلح باطل ، وليس قابلا للإبطال فحسب ، لأن أحد مقومات الصلح وهو النـزاع قد انعدم، فلا يكون الصلح قائما [٢].

٣- كانت المادة ٧٥١ تنص على أن :

" ١- إذا تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين بوجه عام ، ثم ظهرت بعد ذلك أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح ، فلا يكون ذلك سببا فى بطلان العقد، ما لم تكن هذه الأوراق قد أخفيت وكان ذلك بفعل أحد المتعاقدين . ٢- أما إذا لم يتناول الصلح إلا نزاعا معينا ، وظهرت بعد ذلك أوراق تثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن له حق ما فيما يدعيه ، فإن الصلح يكون باطلا " .

ويلاحظ أن إخفاء الأوراق المشار إليها فى فقرتى المادة بفعل أحد المتعاقدين ، يجيز له إبطال الصلح للتدليس وليس للغلط.

١٧٥- عدم تجزئة الصلح عند بطلانه :

تنص المادة ٥٥٧ مدنى على أن : " ١- الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله .

---

(١) أكثم الخولى ص٢٦ هامش (٣) – يس يحيى ص ٢٧٥ .

(٢) السنهورى ص٥٤٧ .

٢- على أن هذا الحكم لا يسرى إذا تبين من عبارات العقد ، أو من الظروف ، أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض " .

فالفقرة الأولى من المادة تقرر قاعدة مؤداها أن الصلح وحدة غير قابلة للتجزئة ، فإذا بطل جزء منه ترتب على ذلك بطلان العقد كله .

والمستقر عليه أن هذا البطلان ، **يطبق سواء بالنسبة لموضوع الصلح أو بالنسبة لأطرافه .**

فبالنسبة إلى الموضوع يؤدى بطلان أحد شروط الصلح إلى بطلان العقد كله .

وبالنسبة لأطرافه فإنهم إن تعددوا وكان الصلح باطلا بالنسبة لأحدهم امتد البطلان إلى باقى الأطراف [1].

وتستند هذه القاعدة فى الواقع إلى الطبيعة الخاصة لعقد الصلح إذ يعتبر النزول المتبادل فى هذا العقد عن جزء من الادعاءات عنصرا جوهريا فى العقد ، وبهذه المثابة فإن شروط العقد وبنوده يكمل بعضها بعضا وينظر إليها جميعا كوحدة متكاملة فإذا ما اختل جزء منها بالبطلان فإن هذا الخلل يؤثر بطبيعة الحال فى هذه الوحدة ومن ثم يبطل العقد كله [2] .

على أن هذه القاعدة مفسرة لإرادة المتعاقدين وليست من النظام العام فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا صراحة على أن أجزاء الصلح مستقل بعضها عن بعض بحيث إذا بطل بعضها بقى البعض الآخر صحيحا ، كما يجوز

---

(١) السنهورى ص ٥٥٠ وما بعدها _ أكثم الخولى ص ٣٩ – جمال زكى ص ٣٧ .

(٢) يس يحيى ص ٧٠٦ – قرب محمود جمال الدين زكى ص ٣٧ .

أن يستنتج هذا الاتفاق من عبارات العقد أو من الظروف وهذا ما قررته المادة ٢/٥٥٧ مدنى .

وفى هـــذا يخـــتلف الصلح عن الحكم ، إذ الأصل أن الأحكام تقبل التجزئة ، وكثيرا ما يترتب على الطعن فى الأحكام تأييد الحكم الابتدائى فى بعض أجزائه وتعطيله بالنسبة للأجزاء الأخرى .

وهـــذا الخلاف بين الصلح والحكم متسق مع منطق الأمور، إذ الحكم مـــن عمل القاضى ، وقد يخطئ القاضى فى تطبيق القانون بالنسبة لبعض أصـــول الـــنـــزاع ويصيب بالنسبة للبعض الآخر ، أما الصلح فهو عن عمل الأفراد [١].

ويلاحـــظ أن الصلح الذى يقضى ببطلانه لنقص أهلية أحد المتصالحين ويعتبر باطلا لكامل الأهلية منهم . إنما يلاحظ هذه الحالة أن البطلان هنا مقـــرر لحماية ناقص الأهلية وحده . فلا يقبل من المتصالحين الآخرين أن يتمسكوا ببطلان الصلح لنقص أهلية أحدهم عند مطالبتهم بتنفيذه . إنما يكـــون لهـــم أن يتمسكوا بالبطلان بعد القضاء به لصالح ناقص الأهلية استنادا إلى قاعدة عدم تجزئة البطلان فى الصلح. كما يمكن الاحتجاج فى مواجهتهم بهذا البطلان [٢].

١٧٦- أمثلة من الفقه والقضاء لقاعدة عدم تجزئة البطلان فى الصلح:

١- إذ تصالح شخص على أرض ومنـــزل ، ثم ظهر بعد ذلك أن هناك سندات مزورة تتعلق بالأرض هى التى دفعت المتصالح إلى الصلح عليها،

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٤٠ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٤١ .

فيبطل الصلح في الأرض والمنزل معا ، إلا إذا تبين من عبارات الصلح أو من الظروف أن المتعاقدين قد توافقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض ، وأن الصلح قد تم على الأرض وعلى المنزل على أساس استقلال كل منهما عن الآخر [1].

٢- قضت محكمة النقض بتجزئة الصلح المبرم بين بلغ وقصر وصدق المجلس الحسبى و لم تطعن وزارة العدل بالاستئناف ، ولكنها اعترضت وسلم المتصالح الآخر بعدم سريان الصلح على القصر. وأبطلت الصلح فى حق القصر وأبقته قائما فى حق البلغ .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

" إذ قرر المجلس الحسبي الموافقة على صلح عقد بين أخ وجميع ورثة أخيه ومنهم قصر ، ولم توافق وزارة العدل على هذا الصلح ، وكلفت المجلس الحسبى السير فى نظر الشكاوى المقدمة ضد هذا الأخ بأن اختلس أقطانا وبذرة ونقودا من أموال الشركة التى معقودة بينه وبين أخيه مورث القصر ، وانتهى الأمر فى هذه الشكاوى برفع دعوى أمام المحكمة الأهلية بشأن حساب هذه الشركة ، فدفع المدعى عليهم (ورثة العم لأنه قد مات) الدعوى بحصول صلح فيها ، فقضت المحكمة تمهيديا بندب خبير لتصفية الحساب بين طرفى الدعوى وبإرجاء الفصل فى النزاع على الصلح، فاستأنف الطرفان هذا الحكم ، وكان الظاهر مما جاء بصحيفة استئناف المدعى عليهم أنهم إذ تمسكوا باعتبار هذا الصلح صحيحا

(١) مذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٦٥.

بالنسبة للبالغين ، كانوا مسلمين بعدم سريانه على القصر ، وطلبوا جعل مأمورية الخبير مقصورة على تصفية حسابهم ، فحكمت المحكمة فى الدعوى على هذا الأساس برفض دعوى البلغ وبتأييد الحكم فيما يتعلق بندب خبير لتصفية حساب القصر وحدهم ، فهذا الحكم وإن كان منطوقه لم يرد به ذكر للصلح إلا أنه مادام قد عرض فى أسبابه للصلح وفصل فيه فصلا قاطعا ورتب قضاءه على ذلك يحوز قوة الشئ المحكوم فيه فيما يختص بالصلح لارتباط تلك الأسباب بالمنطوق ارتباطا وثيقا . وإذن فلا يصح فيما بعد التمسك بهذا الصلح فى مواجهة القصر قولا بأن قرار المجلس الحسبى بالتصديق على الصلح هو قرار نافذ مادامت وزارة العدل لم تطعن فى هذا القرار بالاستئناف وهو الطريقة الوحيدة لإبطال أثره " .

(طعنان ٧٥ ،٨٦ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٤/٥/١٨)[1]

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٤ لسنة ١٣ ق بجلسة ١٩٤٣/٥/٢٠ بأن :

" إنه لا يوجد فى القانون ما يمنع من يطعن فى الورقة بالتزوير على أن يتنازل عن طعنه ويتصالح معه خصمه فى الدعوى متى توافرت فيه الأهلية اللازمة للتنازل والصلح وإذن فإذا قضى الحكم بعدم نفاذ صلح فى شأن تزوير ورقة من بين أطرافه قصر لتناوله تنازل القصر عن بعض أصل حقهم وعدم إجازة المجلس الحسبى هذا التصرف ، ثم أجرى قضاءه هذا على باقى المشتركين فى الصلح بمقولة إن دعوى التزوير لا تقبل التجزئة ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بالنسبة لمن عدا القصر لأن الصلح صحيح بالنسبة لهم إذ التجزئة فى الحقوق المالية جائزة وليس هناك ما يحول دونها ، فيجوز فى عقد واحد مطعون فيه بالتزوير أن يتصالح بعض ذوى الشأن فيه ويظل الباقون متمسكين بطعنهم عليه ثم يقضى ببطلانه . ومثل هذا القضاء لا تأثيرله فى الصلح الذى=

= تم. والقول بغير ذلك يتعارض مع القواعد العامة التى تقصر حجية الأحكام على من كان طرفا فيها " .

وكان هذا القضاء محل تعليق من الفقه .

فالدكتور السنهورى (ص ٥٥٢ هامش١) يبرر هذا القضاء بأن الظاهر من ظروف القضية أنه اتضح من نية الطرف الأول أنه يجزئ الصلح، فإذا أبطل بالنسبة إلى القصر بقى قائما بالنسبة إلى غير القصر.

بينما يوجه الدكتور محمد على عرفه (ص ٣٤١ وما بعدها) النقد لهذا القضاء ، ويقول إنه استظهر من وقائع الدعوى أنه بمقتضى هذا الصلح تنازلت المدعيات عن نفسهن وبصفتهن عن نصيبهن ونصيب القصر المشمولين بالوصاية فى جزء من أرض النزاع اختص به المدعى عليه نتيجة لهذا الصلح ، وفى مقابل ذلك تنازل المدعى عليه للمدعيات والقصر عن باقى القدر المتنازع عليه .

وقد نص فيه على تنازل المدعيات عن دعوى التزوير المنظورة .

وظاهر من هذه الوقائع أن هذا الصلح مرتبط الأجزاء إذ أنه ينصب على التنازل عن دعوى تزوير عقد موضوعه ملكية قطعة أرض مملوكة للمدعيات والقصر على الشيوع ، فالقضاء ببطلان هذا الصلح بالنسبة للقصر يستتبع حتما جواز إبطاله بالنسبة لباقى المتصالحات إذا تمسكن بالبطلان وهكذا يكون الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى نتيجة صحيحة ، وإن كان قد أخطأ فى تسبيبها بعدم إمكان تجزئة دعوى التزوير ، إذ أن الحكم بتزوير ورقة ، كالحكم بصحتها لا يكون له حجية إلا على من كان طرفا فيه ، كما ذهبت إليه محكمة النقض . ولكن السبب الصحيح لبطلان الصلح بالنسبة لكاملى الأهلية فى هذه الحالة هو ما قرره القانون وأجمع عليه الفقه والقضاء من عدم جواز تجزئة البطلان فى الصلح . فليس الأمر متعلقا إذن بعدم جواز تجزئة الحكم فى دعوى التزوير ، فهو جائز قانونا للسبب الذى أيدته محكمة النقض فى حكمها هذا ، ولكنا بصدد تجزئة البطلان فى الصلح ، وهو ما لا يجوز إلا إذا اتضح أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى تجزئته ويعترض الدكتور يس يحيى (ص٧٠٨ الهامش وما بعدها) على النقد سالف الذكر قائلا :

" وأنا لا أوافق الدكتور محمد على عرفه فيما ذهب إليه من أن الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى نتيجة صحيحة إذ حكم ببطلان الصلح بالنسبة لكاملى =

٣- إذا شمـل صـلح مسألة تتعلق بالحالة إلى جانب ما ينشأ عنها من حقوق مالية ، كما إذا تصالح وارث عن صفته ، أى عن علاقته بالمورث، وعن حقوق الآيلة له بالإرث ، فإن الصلح يقع باطلا كله [1].

١٧٧ – قاعدة عدم تجزئة الصلح تشمل كافة أوجه البطلان :

قـاعدة عـدم تجزئة الصلح عند بطلانه لا تقتصر على البطلان بسبب غلط فى الواقع فقط بل تشمل صور البطلان أو الإبطال الأخرى ، كما لو كان الصلح باطلا لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب أو قابلا للإبطال لنقص الأهلية أو التدليس أو للإكراه أو الاستغلال .

١٧٨ – الغلط فى الحساب وغلطات القلم :

لم يتضمن التقنين المدنى الجديد نصا بشأن الغلط فى الحساب ، عكس القانون المدنى القديم الذى نص فى المادة ٦٥٨/٥٣٦ منه على أنه : " يجب تصحيح الغلط فى أرقام الحساب " .

وبذلك يكون التقنين المدنى الجديد قد ترك هذه المسألة للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ١٢٣ مدنى .

= الأهلية ذلك أن الظاهر من ظروف هذه القضية أن هذا الصلح قابل للتجزئة ومـن ثم يكـون صـحيحا بالنسبة لكاملى الأهلية وإن كان غير نافذ فى حق القصر. كما أن هناك تناقضا بين قول الدكتور عرفه إن " القضاء ببطلان هذا الصـلح يسـتتبع حـتما جـواز إبطاله بالنسبة لباقى المتصالحات إذا تمسكن بالـبطلان " من واقع الدعوى أن المتصالحات لم يتمسكن ببطلان الصلح وأن الحكـم المطعـون فيه قد قضى ببطلانه فى حقهن دون أن يطلبن ذلك وإنما كنتيجة لبطلانه بالنسبة للقصر" .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٧ .

وهـــذه المـــادة تقضى بأن : " لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ، ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط " .

وهـــذه المـــادة تتناول تصحيح مسألتين الأولى : الغلط فى الحساب . والثانية : غلطات القلم .

والغلط فى الحساب وغلطات القلم هى مجرد خطأ مادى وهو غلط غير جوهرى لا يؤثر فى صحة العقد وإنما يجب تصحيحه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" يواجه النص حكم الغلط المادى . كالخطأ فى الكتابة أو فى الحساب . وهـــو غلط غير جوهرى لا يؤثر فى صحة العقد . وإنما يجب تصحيحه . ويســـرى هـــذا الحكم على العقود بوجه عام . وعلى عقد الصلح بوجه خاص. إذ أن التقنين الحالى يختصه بالنص دون غيره " (١) .

والمقصود بالغلط فى الحساب ، الغلط فى ذات الأرقام المثبتة بالصلح ، والـــذى يكـــون مشتركا بين المتصالحين ، أمـــا إذا انفرد بالغلـــط أحد المتصـــالحين وبنى قبوله للصلح على هذا الغلط ، مقدرا مزايا الصلح على أساس حسابه الخاطئ ، كان هذا غلطا فى الواقع إذا أثبته من يدعيه جاز له أن يطلب إبطال الصلح .

ومـــثال الغلـــط فى الحساب أن يقع الصلح على ما قيمته عشرين ألف جنـــيه كانت محل نزاع بين المتصالحين ، فيتفقان بالصلح على أن يخص أحدهمـــا ثلاثـــة أرباع هذا المبلغ ، ويخص الآخر الربع . ثم يقدران فى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٢ ص ١٦٥ .

التصــفية النهائية نصيب الأول ٦٠٠٠جنيه ونصيب الثانى ٤٠٠٠ جنيه فيجوز لهذا الأخير أن يطالب بتصحيح الغلط فى أرقام الحساب ، وهو ما يســتتبع رفع المبلغ الذى يخصه إلى ٥٠٠٠ جنيه . إنما يشترط أن يكون الغلــط المطلوب تصحيحه ظاهرا فى الأرقام الثابتة فى الكشوف المعتمدة بالصــلح ، أو أن تكــون هذه الأرقام قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانونا .

أمــا إذا كان الغلط المزعوم ينصب على نقطة غامضة أو غير ثابتة من موضوع الصلح ، أو كان من مقتضاه الرجوع إلى تحديد مركز المتعاقدين قبل عقد الصلح ، فإنه لا يأخذ حكم الغلط فى الحساب ، وبالتالي لا يجوز تصحيحه [1].

وتطبــيقا لذلــك اعتبرت محكمة النقض أن طلب إعادة عمل حساب جديــد عن المقاولات موضوع النــزاع يأباه القانون ، لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن كل مقاولة من تلك المقاولات بعد إتمامها هو عمل متفق عليه فى أصل عقودها ، فإذا ما نفذ الاتفاق بعمل المقاس والحساب فعــلا ، ووقــع عليه بالاعتماد ، فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه ، وأصبح هو ونتيجته ملزما للطرفين .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " الخطأ فى ذات الأرقام المثبتة بحساب المقاولة **(erreur de calcul)** يجــوز طلــب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهرا فى الأرقام الثابتة فى

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٣٩ وما بعدها .

كشــف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخــرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانونا . أما طلب إعادة عمل حساب تلك المقاولة من جديد ، فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن المقاولة بعد إتمامها مادام عملا متفقا عليه فى أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلا ، ووقع عليه بالاعتماد فقد انقضت مسئولية كــل عاقد عنه وأصبح هو ونتيجته ملزما للطرفين . وعدم إمكان إعادة الحساب من جديد بعد عمله مرة أولى إذا كان لم يرد بشأنه نص خاص فى القوانين المصرية كما ورد النص عليه بالمادة ٥٤١ من قانون المرافعات الفرنســى ، إلا أنــه أمــر مفهوم بالضرورة من أصول القانون التى تمنع تقاضى الالتزام مرتين " .

(ب) — " دعوى الغلط المحسوس المبطل للمشارطة بحسب المادة ٥٣٥ لا يجوز توجيهها ضد المقاس والحساب المعتمدين فى مقاولة من المقاولات مــتى كانــت فى حقيقتها ليست سوى دعوى لإعادة المقاس أو الحساب برمــته من جديد . لكن دعوى وقوع هذا الغلط فى مقاس بعض أجزاء خاصــة معينة من الأعمال الكلية التى قــام بها المتعهد قــد تقبل ويؤمر بتحقــيقها ، غير أن هذا لا يجوز إلا إذا كانت الظروف والدلائل تشهد بأنهــا دعــوى جدية ، أما إذا رأت المحكمة أنها غير جــدية بل منازعة اعتسافية يراد بها الرجوع فيما تحقق وتم الاتفاق عليه ، فالمحكمة فى حل من عدم قبول تحقيقها " .

(جـ) – " إن معنى الغلط فى دعوى الغلط المحسوس المذكورة يقتضى حتما بصفة عامة أن يكون المتعاقد قد صدر منه الرضا وهو غير عالم بحقيقة الشئ المرضى عنه ، بحيث لو كان عالما بحقيقته لما رضى . فإذا كان المدعى لم يدع عدم علمه بالحقيقة ، بل ادعى أنه استكره على التوقيع وأثبتت المحكمة أن دعوى الإكراه مختلقة ، فتوقيعه بهذه المثابة لا يجعل له أدنى وجه للرجوع فى شئ من الحساب ، بل هو مرتبط به تمام الارتباط ودعواه غير جائزة السماع " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/١١/٧)

٢- " مجال تطبيق نص المادة ١٢٣ من القانون المدنى ، الغلط فى الحساب وغلطات القلم أى الأخطاء المادية التى تقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة بذاتها ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد فلا يدخل فى هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلا من ختم آخر لأن الورقة لا يمكن أن تكشف بذاتها عن هذا الخطأ ولأن تصحيحه يترتب عليه إسناد الورقة إلى غير الموقع عليها وهو ما يخالف نص المادة ٣٩٤ من القانون المدنى التى تقضى بأن الورقة العرفية تعتبر صادرة ممن وقعها " .

(طعن رقم ٤٥٧ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/١٦)

والمسألة الثانية:

هى غلطات القلم ، وهى أخطاء مادية تقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة بذاتها كأن يذكر اسم أحد المتصالحين

وكــان ظاهــرا أن المقصود هو المتصالح الآخر . فإن هذا الخطأ يصحح ويوضع الاسم الصحيح مكان الاسم الخاطئ .

إنمــا لا يدخــل فى هذه الأخطــاء التوقيع على الورقة بختم بدلا من ختم آخر .

موضوع رقم (١٨)

(المحل والسبب فى عقد الصلح)

(أولا)
المحل فى عقد الصلح

١٧٩ـ تطبيق القواعد العامة :

محل الصلح هو الحق المتنازع فيه ، ونزول كل من الطرفين عن جزء مما يدعيه فى هذا الحق ، والذى لا يشترط فيه التكافؤ بين ما ينــزل عنه كل من المتعاقدين للآخر .

وقــد يتضمن الصلح نزول أحد المتصالحين عن الحق المتنازع فيه جميعه مقابل مال يؤديه إليه الطرف الآخر ، فيكون هذا البدل محلا للصلح أيضا وكل نزاع يمكن أن يكون محلا للصلح بصرف النظر عن مصدره وطبيعة الحــق المتــنازع فيه ، سواء تعلق بوجود الحق أو بصحته أو بأوصافه أو بمداه.

وأيــا كــان محل الصلح ، فإنه يجب أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها فى المحل طبقا للقواعد العامة .

فيجــب أن يكــون موجودا ، ممكنا ، معينا أو قابلا للتعيين ، غير أنه يمكــن أن يكــون محل الصلح حقوقا احتمالية ، كالتصالح على النتائج المحتملة لحادث يترتب عليه مسئولية فاعله عن تعويض المجنى عليه .

ويصح الصلح على الحقوق المستقبلة ، عدا التركات المستقبلة .

ويشترط فى محل الصلح أن يكون داخلا فى دائرة التعامل شأنه فى ذلك شأن سائر العقود الأخرى وهو ما يعنيه المشرع بالنص فى المادة ٥٥١ على أنـــه : " لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العـــام ، ولكـــن يجـــوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم " .

١٨٠ – بطلان الصلح فى المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة:

ذكـــرنا أن يشترط فى محل الصلح أن يكون مشروعا أو قابلا للتعامل فيه ، وبعبارة أخرى لا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة .

ورغـــم أن هـــذا الشرط عام فى كافة العقود وعلى ذلك نصت المادة ١٣٥ مـــدنى عـــلى أنـــه : " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كـــان العقـــد باطلا " ، إلا أن المشرع خص عقد الصلح بنص خاص هو نص المادة ٥٥١ مدنى التى تجرى على أنه : " لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصـــالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم . وهذا النص وإن كانت أحكامه ليست إلا تطبيقا للقواعد العامة إلا أنه يبرز أهمية هذا الشرط– وهو شرط مشروعية محل الصلح – الأمر الذى يقتضى بحثه بشئ من التفصيل .

والمقصـــود بالنظام العام (ordrepuplic) كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها التى يلزم تحقيقها حتى تسير فى طريقها

نحو العزة والمجد ، وسواء فى ذلك أكانت هذه المصلحة سياسية ، كما هو الحال بالنسبة إلى كل ما يتعلق بتنظيم الدولة وطريقة مباشرة سيادتها بواسطة سلطاتها المختلفة، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية ، كما هى الحال بالنسبة إلى تنظيم الأسرة ، وما يتعلق بكفالة استتباب الأمن والنظام العام فى الدولة ، أم كانت تلك المصلحة اقتصادية ، كما هى الحال بالنسبة إلى تنظيم الإنتاج القومى فى الدولة وتداول النقد فيها (١).

فيدخل فى المسائل المتعلقة بالنظام العام ، المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية ، فضلا عن أنه ورد بها نص خاص ، والجرائم وغيرها من المسائل التى سنعرض لها .

فلا يجوز الصلح على المسائل سالفة الذكر.

والآداب العامة هى مجموعة القواعد الخلقية التى تدين بها الجماعة فى بيئة معينة وعصر معين. فهى بهذه المثابة تعتبر الشق الخلقى من قواعد النظام العام (٢).

ويقع باطلا كل صلح يخالف الآداب العامة ، كالصلح على حصول شخص على أجر عن عمل كان يجب عليه أن يقوم به . وعلى رد شخص ما سرقه فى مقابل أجر يأخذه . والصلح على قيام علاقة جنسية غير مشروعة ، أما الصلح على مال يدفعه شخص لامرأة على سبيل التعويض عما أصابها من ضرر بسبب علاقة جنسية كانت بينهما فهو صحيح .

ويقع باطلا كل صلح يتعلق بدور البغاء حتى لو حصلت هذه الدور على ترخيص إدارى. أو يتعلق بمكان يدار للمقامرة . وقد نص القانون على بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان ، وجعل لمن خسر أن

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية العقد والإرادة المنفردة ص ٤٢١.

(٢) عبد المنعم الصده فى مصادر الالتزام ص ٢٤٤ .

يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٧٣٩ مدنى) . واستثنى من ذلك الرهان الذى يعقده المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية . وفى هذه الحالة يكون للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغا فيه ، كما استثنى أيضا ما رخص به قانونا من أوراق النصيب (م٧٤٠ مدنى) .

١٨١ — الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية :

تنص المادة ٥٥١ مدنى فى صدرها على أنه : " **لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية .... إلخ** " ويعتبر هذا النص تطبيقا لنص عام يسرى على كافة العقود هو نص المادة ١٣٥ مدنى التى تجرى على أن : " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ".

كما تنص المادة ٤٨ مدنى على أنه : " ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها " .

ذلك أن الحالة الشخصية والأهلية من المسائل المتعلقة بالنظام العام .

والمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية [1].

---

(١) نقض طعن رقم ٤٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٣٤/٦/٢١- وراجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية المجلد الأول الطبعة الخامسة عشرة ص ١١ وما بعدها.

ومـــن ثم لا يجوز التصالح على البنوة أو الأبوة أو الزواج أو الطلاق أو الجنســية ...إلخ لأن كل هذه المسائل من النظام العام وهى منظمة بحكم القــانون ولا يجــوز أن تكون محلا للتعامل بين الأفراد ، وبالتالي لا تجوز المصالحة على أحكامها (١).

وكذلــك فــإن أحكام الأهلية تعد أيضا من النظام العام فلا يجوز أن تكون محلا للمصالحة ، فلا يجوز لشخص كامل الأهلية أن يتصالح مع آخر على النــزول عن أهليته ، ولا يجوز لشخص كامل الأهلية أن يتصالح مع آخر ناقص الأهلية على أنه كامل الأهلية ، ولا يجوز الاتفاق صلحا على تعديل أحكام الأهلية .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

"حمى المشروع الشخص ضد نفسه بأن حرم عليه أن ينــزل عن أهلية الوجــوب أو أهلــية الأداء فإن قواعد هذين النوعين من الأهلية تعتبر من النظام العام لا تجوز مخالفتها أو تعديلها " (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كانت المادة ٥٥١ من القانون المدنى لا تجيز الصلح فى المسائل المــتعلقة بالحالة الشخصية فإن التنازل عن طلب الحجر يكون عديم الأثر قانونــا ، ومن ثم فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأدلة سائغة فى حدود سلطتها الموضوعية ، أن عقد البيع قد انعقد مقابل التنازل عن

---

(١) يس يحيى ص ٢٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٣٦٣ .

دعوى حجر وأن ثمنا لم يدفع ، فإنها تكون قد تحققت من صورية السبب الوارد فى العقد ، والحكم المطعون فيه ، إذ انتهى إلى بطلان عقد البيع لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٨٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

٢- " .... لما كانت النيابة العامة بعد صدور القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ أصبحت طرفا أصليا فى قضايا الأحوال الشخصية التى لا تختص بها المحاكم الجزئية لها ما للخصوم من حقوق وعليها ما عليهم من واجبات فلها أن تبدى الطلبات والدفوع وتباشر كافة الإجراءات التى يحق للخصوم مباشرتها ومن ثم فإن الحكم الصادر بقبول الصلح يكون حجة على النيابة العامة ويحق لها الطعن فيه بطريق الاستئناف — لما كان ذلك وكان المقرر وفقا للمادة ٥٥١ من القانون المدنى أنه لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام . وكان القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٧٦ بشأن التوثيق وضع شروطا لزواج المصرية بأجنبى ، وكانت القيود التى تطلبها هذا القانون من النظام العام ، فلا يجوز الصلح عليها . وكانت النيابة العامة قد طلبت فى الاستئناف المقام منها إلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على سند من أن القانون ١٠٣ لسنة ١٩٧٦ قد تطلب فى المادة الخامسة منه توافر عدة شروط لتوثيق عقد زواج المصرية بأجنبى، وأوجبت المادة السادسة رفض التوثيق إذا لم تتوافر تلك الشروط ، وإذ قضت محكمة أول درجة بإلحاق عقد الصلح المتضمن بنود عقد الزواج المنعقد بين المصرية والأجنبى بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله فى

قوة السند التنفيذى دون مراعاة توافر الشروط التى استوجبها القانون وهى مـــن المســـائل المتعلقة بالنظام العام ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم جواز الاستئناف يكون قد خالف القانون وأخطأ تطبيقه " .

(طعن رقم ١٣٣ لسنة ٥٨ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٩٢/٣/٣١)

غـــير أن المادة ٥٥١ مدنى أجازت " **الصلح على المصالح المالية التى تترتـــب على الحالة الشخصية** " . ذلك أن الحقوق المالية التى تنجم عن هـــذه الحالة لا تتعلق إلا بمصالح خاصة ، فهذه الحقوق يكتسبها الشخص من اتصافه بحالة معينة .

وأهـــم هذه الحقوق هو حق الميراث . ولما كانت هذه الحقوق تدخل تحـــت الـــتقويم المادى، لم يكن هناك ما يدعو إلى الحيلولة بين صاحبها والتصرف فيها بما يراه فى صالحه.

لذلـــك أجاز النص الصلح فى هذه الحقوق ، بشرط ألا تقحم فى هذا الصلح مسألة من المسائل المتعلقة بالحالة .

فـــإذا تضمن الصلح الاتفاق على كلتا المسألتين فى مقابل ثمن إجمالى ، كأن اتفق من يدعى ثبوت نسبه من شخص معين ، توطئة لمطالبة الأخير بحقـــه فى تركته ، على أن يتنازل عن دعوى ثبوت النسب وعن حقه فى المـــيراث فى مقـــابل مبلغ معين ، كان هذا الصلح باطلا فى مجموعة نظرا لارتباط أجزائه، وعدم جواز تجزئة شروطه .

ويـــبطل الصلح كذلك ولو اشترط لكل من المسألتين ثمن مستقل إذا احـــتواهما عقد واحد ، لأن إدماج المسألتين فى نفس العقد يكشف عن قصد المتعاقدين ربط إحداهما بالأخرى .

ولما كان الصلح من العقود التى لا تقبل التجزئة ، كان حتما أن يترتب على بطلانه فى المسألة المتعلقة بالحالة بطلانه فى الحقوق المالية الناشئة عنها .

وتطبيقا لذلك يبطل الصلح الوارد على تقسيم تركة شخص ، إذا كانت الغاية منه تفادى رفع الدعوى بثبوت نسب أحد المتقاسمين ، أى تنازله عن حقه فى إثبات نسبه من المتوفى .

وبالعكس يصح التصالح على قسمة التركة بين الأطفال الثابت نسبهم والمتنازع فى نسبهم طالما أن أحدا منهم لم يخلع على نفسه صفة الوارث دون الآخرين .

ويلاحظ أن الصلح الحاصل فى مثل هذه الحالة لا يمنع من أن يعود أحد المتصالحين إلى إنكار صفة الوارث على الآخر ، كما أنه لا يحول دون مطالبة أحدهم ثبوت نسبه إذا جدت ظروف تستدعى ذلك [١].

ويجوز التصالح على مؤخر الصداق وعن نفقة العدة ، ويجوز لمن له حق النفقة على غيره أن ينزل عما يستحق من نفقة مدة معينة ، لا أن ينزل عن حق النفقة ذاته .

ويجوز كذلك الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الأهلية ، فيجوز للقاصر بعد بلوغه سن الرشد أن يصالح من تعاقد معه وهو قاصر على إجازة العقد بشروط معينة [٢].

---

(١) محمد على عرفه ص ٣١١ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٥٥٦ وما بعدها .

١٨٢ـ بطلان الصلح على فوائد ربوية :

تنص المادة ٢٢٦ مدنى على أنه "إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

كما تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ على أن : " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة ، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائد على هذا القدر .

٢- وكل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة " .

وقد قصد بوضع حد أقصى للفائدة حماية الطرف الضعيف فى العقد من الاستغلال ، ومن ثم يعتبر متعلقا بالنظام العام ، وبالتالي يقع باطلا الصلح على فائدة تجاوز الحد الأقصى المقرر قانونا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كان الثابت من عقد البيع أن الطرفين اتفقا على سداد باقى الثمن على قسطين وأنه إذا تأخر المشترون فى الوفاء بأى قسط أو جزء منه التزموا بأداء نصف أجرة الأطيان المبيعة دون تنبيه أو إنذار فإن هذا الشرط الجزائى يكون فى حقيقته اتفاقا على فوائد عن التأخر فى الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود يخضع لحكم المادة ٢٢٧ من القانون المدنى ، فلا يجوز أن يزيد سعر الفائدة المتفق عليها عن سبعة فى المائة ، وإلا وجب تخفيضها إلى هذا الحد " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٨/٣/٣١)

٢- " حرم الشارع بنص المادة ٢٢٧ من القانون المدنى زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم مقداره ٧٪ ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وإلزامه برد ما قبضه منها — مما مؤداه أن كل اتفاق على فائدة تزيد على هذا الحد يكون باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة وذلك لاعتبارات النظام العام التى تستوجب حماية الطرف الضعيف فى العقد من الاستغلال " .

(طعن رقم ١٦٠٧ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٢٧)

١٨٣ـ بطلان الصلح على مقدار التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٧/٥/١٦ فى الطعن رقم ٥١٥ لسنة ٤٣ق **إذ ذهبت فيه إلى أن :**

" إنه وإن كانت الجهة طالبة نزع الملكية هى التى تستفيد من العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة ومن ثم تلتزم بدفع التعويض المقدر لمن

نزعت ملكيته وتكون مدينه قبله . إلا أن المستفاد من نصوص المواد ١،٦،١١،١٥ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين أن المشرع ناط بإدارة خاصة من إدارات الحكومة هى " إدارة نزع الملكية" بمصلحة المساحة القيام بكافة الإجراءات اللازمة لتحديد مساحة العقار وتعيين ملاكه وتقدير التعويض المستحق لأصحابه عن نزع ملكيته وسداده إليهم مقابل الحصول على توقيعاتهم على نماذج خاصة تنقل الملكية للمنفعة العامة وإيداع النماذج مصلحة الشهر العقارى لكى يترتب على إيداعها جميع الآثار المترتبة على شهر البيع الرضائى ، والتشريع الخاص الذى ينظم هذه الإجراءات كلها متعلق بالنظام العام لتعلق موضوعه واتصال أحكامه بمنفعة عامة ويستلزم بالتالى وفق ما تنص عليه المواد السابقة — من الجهة التى طلبت نزع الملكية سداد التعويض المستحق عن نزع الملكية — بعد تقديره نهائيا- لا إلى المنـــزوع ملكيته ولكن إلى المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية لتقوم هى بتسليمه إلى ذوى الشأن فيه بمراعاة الضوابط والأحكام التى نص عليها القانون والقرارات المنفذة له . وحصولها على توقيعاتهم على النماذج الخاصة المعدة لهذا الغرض والتى نص عليها القانون- خلافا لقواعد وإجراءات التسجيل العادية — على أن إيداعها مصلحة الشهر العقارى يترتب عليه آثار شهر عقود البيع الرضائية وبذلك يمتنع على الجهة طالبة نزع الملكية أن تساوم على مقدار التعويض أو تتصالح عليه استقلالا اختصارا للإجراءات أو تنفرد بسداده إلى المنـــزوع ملكيته لأن هذه الأمور نظم المشرع إجراءاتها تنظيما إلزاميا " .

١٨٤ـ بطلان الصلح على منازعات تقدير أجرة الأماكن الخاضعة للتشريعات الاستثنائية :

قواعد تقدير أجرة الأماكن التى تخضع للتشريعات الاستثنائية من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، وهذه القواعد تشمل القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية .

ولما كانت المادة ٥٥١ مدنى تقضى بعدم جواز الصلح فى المسائل المتعلقة بالنظام العام ، فإنه ينبنى على ذلك عدم جواز الصلح فى منازعات تقدير الأجرة سواء ما تعلق بقواعدها الموضوعية أم بقواعدها الشكلية.

فلا يجوز الاتفاق مقدما على الرضوخ لأجرة معينة أو الاتفاق على نسب أخرى لعناصر تقدير الأجرة المنصوص عليها فى تشريعات الإيجارات، أو على عدم جواز التظلم من قرار لجنة تقدير الأجرة ولوكان هناك شرط صريح بذلك .

ولا يجوز أيضا التصالح فى الطعن على قرار لجنة تقدير الأجرة، باعتبار أن تقدير الأجرة يجب أن يتم طبقا للأحكام المقررة فى القانون[1] .

ونؤيد ما ذهب إليه البعض من أن الصلح غير جائز سواء بصدد تقدير الأجرة أم عناصرها ، لأن هذه العناصر هى المكونة للأجرة ، وإنما غاية الأمر أن المستأجر يملك المنازعة فى تقدير ثمن الأرض ويملك المنازعة فى تحديد سعر المتر فى تكلفة المبانى ،كما يملك عدم المنازعة فى ذلك وسكوته يؤول إلى قبوله لما يحدد من أسعار ، ولا مجال للقول بحصول صلح فى هذا الصدد وإذا حصل أخذته المحكمة على أنه عدم منازعة فى التقدير [2].

---

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية جـ١ الطبعة الخامسة عشرة ص ٤٠٢ وما بعدها .

(٢) الدكتور أحمد أبو الوفا فى التعليق على النصوص الإجرائية ص ١٤٧ وما بعدها- وعكس ذلك الدكتور سليمان مرقس فى شرح قانون إيجار =

١٨٥ـ بطلان الصلح على أحكام قانون العمل :

تـــنص المادة الرابعة من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ (المعدل) عـــلى أن : " يقـــع باطلا كل شرط يخالف أحكام هذا القانون ولوكان ســـابقا عـــلى العمل به ويستمر العمل بأية مزايا أو شروط أفضل تكون مقررة أو تقرر فى عقود العمل الفردية أو الجماعية أو الأنظمة الأساسية أو غيرها من لوائح المنشأة أو بمقتضى العرف" .

فقـــد فرضت ظاهرة انعدام التعادل بين أطراف علاقة العمل ، ضرورة تدخـــل الشـــارع فى حرية المتعاقدين : صاحب العمل والعامل ، لحماية الأخير الطرف الضعيف فى التعاقد ، لاسيما إذا كان ضمن شروط التعاقد غـــبن على العامل الذى هدف الشارع إلى حمايته ، ولم يكن من وسيلة لجعل هذا التدخل فعالا وهذه الحماية مثمرة إلا بجعل قواعد العمل قواعد آمـــرة متصلة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها ، سواء فى ذلك القواعـــد التى تحكم نشأته أو تحكم آثاره . لأنه بغير ذلك يستطيع رب

= الأمـــاكن الطـــبعة الثامنة ١٩٨٢ جـــ ١ ص ٦٢٢ وما بعدها ، إذ يرى وجوب التمييز بين أمرين :
١- الأحكـــام القانونـــية المقررة لأسس التقدير من جهة وهى لا تصح أن تكـــون محـــل خـــلاف يحسمه الطرفان بصلح بل يجب أن تجلوها وتطبقها المحكمـــة مـــن تلقاء نفسها بقطع النظر عن أى اتفاق للخصوم بشانها . ٢- الوقـــائع التى تطبق عليها تلك الأسس القانونية كتقدير ثمن الأرض أو سعر تكلفـــة المـــبانى بحسب السوق وقت البناء أو تكلفة الأسوار أو المرافق أو الأتعـــاب الهندســـية... إلخ. مما يرجع إلى التقدير الكمى أو النقدى للواقع توطـــئة لتطبـــيق الأســـس القانونية عليه ، وهذه مسائل يفصل فيها طبقا لتقويـــم المقومين لا طبقا لأحكام قانونية آمرة ، فيجوز الصلح فى شانها .

العمـــل الـــتخلص من أحكام القانون باتفاقه مع العامل على ما يشاء من شروط انتقاصا لما يقرره القانون من ضمانات .

ويـــبرر هذه الطبيعة الآمرة لأحكام قانون العمل ما تضمنه هذا القانون مـــن عقوبـــات جنائية على مخالفة أحكامه وردت فى الباب الثامن . وما فرضـــه القانون من تفتيش على المنشآت لمراقبة تنفيذ واتباع الأحكام التى تقضى بها نصوصه [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " بطلان عقد العمل بالاستناد إلى الفقرة الثالثة من المادة السادسة مـــن قـــانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ للأسباب الواقعية التى يثيرها الطاعن وإن كان من النظام العام ، إلا أنه لا يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب طرحه على محكمة الموضوع هـــو التحقق من مدة عقد العمل السابق وقدر الأجر الذى حدده للطاعن وشروط هذا العقد والظروف التى أحاطت بإنهائه ، وإذ خلت الأوراق مما يفيد تمسك الطاعن بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فإن التحدى به أمام هذه المحكمة يكون غير مقبول " .

(طعن ٥٧٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٢٢)

٢- " أحكام قانون العمل آمرة متعلقة بالنظام العام لتنظيمها علاقات العمل وروابطه بما فى ذلك عقد العمل الفردى تحقيقا للصالح العام وحماية للعامل وإيجاد التوازن بين حقوقه وحقوق صاحب العمل " .

(طعن رقم ٨٤٨ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢١)

---

(١) راجـــع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد المجلد الأول ص ٤٨١ وما بعدها.

وبالـــتالي فإنه لا يجوز التصالح على حقـــوق العامل الواردة فى قانون العمل قبل ثبوتها ، ويقع هذا التصالح باطلا .

غير أنه يصح التصالح على حقـــوق العامل التى يقررها له قانون العمل بعد ثبوت هذه الحقوق ، ولو كان فى أثناء سريان عقد العمل وذلك على خـــلاف ما كان يقضى به قانون العمل الملغى رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ فى الفقرة الثالثة من المادة السادسة — التى لم يرد لها مقابل فى القانون الجديد- مـــن أنه : " كما يقع باطلا كل مصالحة أو إبراء عن الحقوق الناشئة عن عقـــد العمـــل خلال سريانه أو خلال شهر من تاريخ انتهائه إذا كانت تخالف أحكام هذا القانون " .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الإجـــازة الســـنوية وإن كانـــت حقا أوجبه المشرع سنويا للعامل لاســـتعادة نشاطه وقواه المادية والمعنوية تنمية للإنتاج مما يجعل هذا الحق بسبب ذلك متعلقا بالنظام العام لا يجوز التنازل عنه — إلا مناط ذلك ألا تكون السنة التى تستحق فيها الإجازة قد مضت قبل حصول العامل على تلـــك الإجازة فلا يجوز عندئذ التنازل عنها قبل موعد حلولها أما إذا حل ميعاد الإجازة وانقضت السنة التى تستحق فيها دون أن يحصل العامل فيها علـــيها فقد انقطعت الصلة بين الإجازة المذكورة واعتبارات النظام العام الـــتى تـــبررها وانقضت تبعا لذلك علة هذا الحظر بالنسبة لإجازة السنة المذكورة وأصبحت تلك الإجازة بعد ذلك كسائر حقوق العامل العادية يرد عليها التنازل " [1].

(طعن رقم ١١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/٤/٢٣)

---

(١) للمزيد راجـــع مؤلفنا موسوعـــة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد المجلد الأول ص٤٩٥ وما بعدها .

١٨٦- بطلان الصلح على الجريمة :

تنص المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية على أن : " تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ولا ترفع عن غيرها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون ولا يجوز ترك الدعوى الجنائية أو وقفها أو تعطيل سيرها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون " فالدعوى الجنائية الناشئة عن ارتكاب الجريمة هى من حق المجتمع وتباشرها النيابة العامة بالنيابة عنه ، وعلى ذلك فهى ليست ملكا للمجنى عليه ، بل صاحبتها الهيئة الاجتماعية. ومن ثم لا يجوز التصالح على الجريمة ذاتها ، وإلا عد الصلح باطلا لمخالفته للنظام العام ، ويؤكد ذلك ما نصت عليه المادة ٥٥١ مدنى من أنه لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة ... أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على الحالة المالية **أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم** " أى أن المادة سلمت بأن الجريمة مما يتعلق بالنظام العام .

والنيابة العامة لا تتأثر بالصلح الحاصل بصدد ارتكاب جريمة من حيث استعمال حقها فى تحريك الدعوى العمومية ، فإنها كذلك لا تستفيد من هذا الصلح . فلا يستفاد من تصالح المتهم إقراره بارتكاب الجريمة ، لأن إقدامه على الصلح لا يعنى اعترافه بالجرم ، فقد يندفع فى هذا السبيل خشية الفضيحة أو التشهير بسمعته مؤثر على ذلك تحمله بعض التضحيات المادية [١].

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز التصالح على الجريمة مع المجنى عليه أو النيابة العامة . فلا يجوز للجانى أن يتصالح مع المجنى عليه على عدم تبليغ السلطات العامة مقابل مبلغ من المال .

(١) محمد على عرفه ص ٣١٠ .

كمــا لا يجــوز الصلح الذى يتم بين الدائن والمدين المحجوز عليه بعد تــبديد المحجــوزات ، ولا يؤثر على سير الدعوى الجنائية الخاصة بجريمة اختلاس الأشياء المحجوزة.

أمــا الصلح على الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة فهو جائز لأنه حق خالص للمجنى عليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " وحيــث إن الوجه الخامس يتلخص فى أن المحكمة أخطأت فى قــبول الدعوى المدنية إذ قد حصل صلح كتابى بين الفريقين يفيد أنه لا يجوز لأحدهما مطــالبة الآخر بتعويض أمام المحاكم .

وحيث إنه بالاطلاع على عقد الصلح الذى تم فى هذا الصدد تبين أن الطرفين تعهدا فى البند الثانى من هذا العقد بعدم حصول ادعاءات فى قضية النــيابة ضد أبناء العائلتين بسبب المشاجرة التى حصلت بينهما ونص فى البند الثالث منه على أن الطرفين تراضيا على عقد مجلس تحكيم بينهما وأن المحكمــين الذين اتفق الطرفان على أشخاصهم يجتمعون بعد الفصل فى أمــر المشاجرة ويكون حكمهم نافذ المفعول غير قابل لأى طعن وأن من يتخلف من الفريقين عن الحضور أمام المحكمين يكون ملزما بدفع تعويض للطرف الآخر .

وحيث إنه واضح مما ذكر أن هذا الصلح إنما تناول الدعوى المدنية لأنها هــى القابلة لمثله وقد أوجب أن تقدم بشأنها طلبات للمحكمة أثناء نظر الدعوى العمومية على المحكمين .

وحيـــث إنه لذلك يرى أن محكمة أول درجة التى تأيد حكمها أخذا بأســـبابه أخطأت فى قبول الدعوى المدنية والقضاء فيها بمقولة " إن عقد الصلح المتقدم ذكره لم يشمل تنازلا صريحا عن دعوى التعويض " وكان واجـــبا علـــيها أن تقضى بعدم قبول هذه الدعوى وبحفظ الحق للمدعين بالحق المدنى فى تقديم ما يدعونه فى هذا الصدد أمام مجلس التحكيم الذى اتفق على عقده بعد الفصل فى الدعوى العمومية " [1] .

(طعن رقم ٢٤٣٣ لسنة ٢ق جلسة ١٩٣٢/١١/٧)

٢- " مفـــاد الفقرة الرابعة من المادة ٥٠١ من قانون المرافعات والمادة ٥٥١ من القانون المدنى أنه لا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الجانى عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلا لمخالفته للنظام العام . وإذ كانت المسألة التى انصب عليها التحكيم وبالتالي كانت سببا للالتزام فى السند إنما تتناول الجـــريمة ذاتهـــا وتستهدف تحديد المسئول عنها وهى من المسائل المتعلقة بالـــنظام العام ، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالي لا يصح أن تكون موضوعا لتحكيم وهو ما يستتبع أن يكون الالتزام المثبت فى السند باطلا لعدم مشروعية سببه " .

(طعن رقم ٥٦٢ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢)

وإن كان الأصل أنه لا يجوز التصالح على الجريمة ، إلا أن القانون يجيز ذلـــك فى أحوال استثنائية لاعتبارات خاصة ، ويرتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية .

(أنظر فى الأمثلة على ذلك البند التالى) .

---

(١) منشور بمؤلف الدكتور يس يحيى ص ٣٢٧ الهامش .

كمـــا أنـــه فى بعض الجرائم يعلق المشرع حق النيابة العامة فى تحريك الدعـــوى الجنائية على تقـــديم شكوى شفهية أوكتابية من المجنى عليه أو مـــن وكيله الخاص إلى النيابة العامة ، أو بناء على طلب كتابى من جهة حكومية أو إذن . وفى هذه الحالات يكون الصلح جائزا فى هذه الجريمة.

(أنظر فى الأمثلة على ذلك بند ١٨٧).

١٨٧ـ أمثلة لجرائم يجوز فيها الصلح وردت فى نصوص خاصة :

(أ) — **فى قانون الإجراءات الجنائية :**

١- تـــنص المادة ١٨ مكررا من قانون الإجراءات الجنائية (المضافة بالقـــانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨) على أنه يجوز التصالح فى مواد المخالفات وكذلك فى مواد الجنح التى يعاقب القانون فيها بالغـــرامة فقط . وتنقضى الدعوى الجنائية بدفع مبلغ التصالح ولو كانت مرفوعـــة بطريق الادعاء المباشر . ولا يكون لذلك تأثير على الدعوى المدنية .

٢- تـــنص المـــادة ١٨ مكـــرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية (المضـــافة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٨٨) على أن للمجنى عليه ولوكيله الخاص فى الجنح المنصوص عليها فى المواد ٢٤١ (فقرة أولى وثانية)[١] ، ٢٤٢ (فقرات أولى وثانية وثالثة)[٢] ،

---

(١) تعاقـــب عـــلى إحـــداث الجرح والضرب الذى ينشأ عنه مرض أو عجز عن الأشـــغال الشخصـــية مدة تزيد على عشرين يوما ، أو الذى يصدر عن سبق إصرار أو ترصد أو يحصل باستعمال أية أسلحة أو عصى أو آلات أخرى.

(٢) تعاقـــب عـــلى إحـــداث الجرح والضرب الذى ينشأ عنه مرض أو عجز عن الأشـــغال الشخصية مدة لا تزيد على عشرين يوما أو الذى يصدر عن =

٢٤٤ (فقـــرة أولى) [١]، ٢٦٥ [٢]، ٣٢١ مكررا [٣] ، ٣٢٣ [٤] ، ٣٢٣ مكررا [٥] ، ٣٢٣مكررا أولاً [٦]، ٣٢٤ مكررا [٧]، ٣٤١ [٨]، ٣٤٢ [٩]، ٣٥٤ [١٠] ، ٣٥٨ [١١] ، ٣٦٠ [١٢]،

= ســبق إصـــرار أو ترصد أو باستعمال أية أسلحة أو عصى أو آلات أو أدوات أخرى .

(١) تعاقب على جريمة الجرح الخطأ .

(٢) تعاقب على إعطاء عمدا جواهر غير قاتلة .

(٣) تعاقب على العثور على الأشياء والحيوانات الفاقدة واحتباسها .

(٤) تعاقب على اختلاس الأشياء المحجوز عليها قضائيا أو إداريا .

(٥) تعاقب على اختلاس الأشياء المنقولة الواقع ممن رهنها ضمانا لدين عليه أو على آخر.

(٦) تعاقب على الاستيلاء بغير حق وبدون نية التملك على سيارة مملوكة للغير .

(٧) تعاقب كل من يتناول طعاما أو شرابا فى محل معد لذلك ولو كان مقيما فيه أو شـــغل غرفة أو أكثر فى فندق أو نحوه أو استأجر سيارة معدة للإيجار مع علمه أنه يستحيل عليه دفع الثمن أو الأجرة أو امتنع بغير مبرر عن دفع ما استحق من ذلك أو فر دون الوفاء به .

(٨) تعاقب على جريمة خيانة الأمانة .

(٩) تعاقـــب المـــالك المعين حارسًا على أشيائه المحجوز عليها قضائيا أو إداريا إذا اختلس شيئا منها .

(١٠) تعاقـــب كـــل مـــن كسر أو خرب لغيره شيئا من آلات الزراعة أو زرائب المواشى أو عشش الخفراء .

(١١) تعاقب كل من أتلف كل أو بعض محيط متخذ من أشجار خضراء أو يابسة أو غـــير ذلـــك ومن نقل أو أزال حدا أو علامات مجعولة حدا بين أملاك مختلفة أو جهات مستغلة ومن ردم كل أو بعض خندق من الخنادق المجعولة حدا لأملاك أو جهات مستغلة .

(١٢) تعاقب على الحريق بإهمال .

٣٦١ (فقـــرتـــان أولى وثانـــية)[١]، ٣٦٩[٢] مـــن قانون العقوبـــات وفى الأحوال الأخرى التى ينص عليها القانون أن يطلـــب إلى النـــيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال إثبات صلحه مع المتهم .

ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر ولا أثر للصلح على حقوق المضرور من الجريمة .

(ب) – فى قانون المرور رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ (المعدل) :

تنص المادة ٨٠ من القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٣ (معدلة بالقانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٩) على أنه :" دون إخلال بتطبيق القواعد والإجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٨ (مكررا) من قانون الإجراءات الجنائية بشأن التصالح فى مواد المخالفات والجنح ، يجوز التصالح فى الحالات المبينة فى المادة (٧٤) من هذا القانون ، متى قام المخالف بدفع مبلغ خمسة وعشرين جنيها بصفة فورية ، كما يجوز التصالح فى المخالفات الواردة بهذا القانون التى تقع من المشاة متى قام المخالف بدفع مبلغ خمسة جنيهات .

ويقوم بتحرير محاضر التصالح ضباط شرطة المرور، وينظم وزير الداخلية بقرار منه إجراءات التصالح المنصوص عليها فى الفقرة الأولى هذه المادة ، ويترتب على التصالح انقضاء الدعوى الجنائية.

وفى جميع الأحوال لا يجوز التصالح فى الأحوال المنصوص عليها فى البند (٦) من المادة (٧٤) من هذا القانون " .

---

(١) تعاقب كل من خرب أو أتلف عمدا أموالا ثابتة أو منقولة لا يمتلكها أو جعلها غير صالحة للاستعمال أو عطلها بأية طريقة .

(٢) تعاقـــب كل من دخل عقارا فى حيازة آخر بقصد منع حيازته بالقوة أو بقصد ارتكاب جريمة فيه أو كان قد دخله بوجه قانونى وبقى فيه بقصد ارتكاب شئ مما ذكر .

(قــد حددت) اللائحة التنفيذية للقانون حالات الصلح فى مخالفات المرور وإجراءاته فى المواد ٣٧٤ وما بعدها .

(ج)- فى قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) :

تنص الفقرة الرابعة من المادة ٥٣٤ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعّدل) على أن : " للمجنى عليه ولوكيله الخاص فى الجرائم المنصوص عليها فى هــذه المادة أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وفى أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات صلحه مع المتهم[1].

ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعــة بطريق الادعاء المباشر .

وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتا " .

---

(١) والجرائم المنصوص عليها بالمادة هى :

(أ) إصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف .

(ب) اســترداد كــل الرصيد أو بعضه أو التصرف فيه بعد إصدار الشيك بحيث يصبح الباقى لا يفى بقيمة الشيك .

(ج) إصدار أمر المسحوب عليه بعدم صرف الشيك فى غير الحالات المقررة قانونا.

(د) تحرير شيك أو التوقيع عليه بسوء نية على نحو يحول دون صرفه.

(هـ) تظهير شيك للغير تظهيرا ناقلا للملكية أو تسليمه شيكا مستحق الدفع لحامله مع علمه بأنه ليس له مقابل وفاء يفى بكامل قيمته أو أنه غير قابل للصرف .

(و) العود إلى ارتكاب إحدى الجرائم السابقة خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم عليه نهائيا فى أى منها .

(راجــع فى التفصيل مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الثالث ص ٨٣٢ وما بعدها).

١٨٨- أمثلة للجرائم التى يتوقف فيها رفع الدعوى الجنائية على شكوى أو طلب أو إذن :

(أ) فى قانون الإجراءات الجنائية :

١- تنص المادة ٨ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه :

" لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراءات فيها إلا بناء على طلب كتابى من وزير العدل فى الجرائم المنصوص عليها فى المادتين ١٨١[١]، ١٨٢[٢] من قانون العقوبات وكذلك فى الأحوال الأخرى التى ينص عليها القانون .

٢- تنص المادة التاسعة من قانون الإجراءات الجنائية على أنه :

" لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراءات فيها فى الجرائم المنصوص عليها فى المادة ١٨٤[٣] من قانون العقوبات إلا بناء على طلب كتابى من الهيئة أو رئيس المصلحة المجنى عليها .

---

(١) تنص هذه المادة على أن يعاقب بالحبس كل من عاب بإحدى الطرق المتقدم ذكرها فى حق ملك أو رئيس دولة أجنبية .

(٢) تنص هذه المادة على أن يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من عاب بإحدى الطرق المتقدم ذكرها فى حق ممثل لدولة أجنبية معتمد فى مصر بسبب أمور تتعلق بأداء وظيفته .

(٣) تنص هذه المادة على أن يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أهان أو سب بإحدى الطرق المتقدم ذكرها مجلس الشعب أو مجلس الشورى أو غيره من الهيئات النظامية أو الجيش أو المحاكم أو السلطات أو المصالح العامة.

وفى جميع الأحوال التى يشترط القانون فيها لرفع الدعوى الجنائية تقديم شكوى أو الحصول على إذن أو طلب من المجنى عليه أو غيره لا يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها إلا بعد تقديم هذه الشكوى أو الحصول على الإذن أو الطلب،على أنه فى الجريمة المنصوص عليها فى المادة ١٨٥ (١) من قانون العقوبات وفى الجرائم المنصـــوص عليها فى المواد ٣٠٢ (٢)، ٣٠٦ (٣)،

---

(١) تعاقـــب هذه المادة بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنـــيه ولا تـــزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ســـب موظفا عاما أو شخصا ذا صفة نيابة عامة أو مكلفا بخدمة عامة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة . وذلك مع عدم الإخلال بتطبيق الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ إذا وجد ارتباط بين السب وجريمة قذف ارتكبها المتهم ضد نفس من وقعت عليه جريمة السب .

(٢) تنص المادة على أن :

" يعـــد قاذفا كل من أسند لغيره بواسطة إحدى الطرق المبينة بالمادة ١٧١ من هـــذا القـــانون أمـــورا لـــو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانونا أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه .

ومع ذلك فالطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية عامة أو مكلـــف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم الفقرة السابقة إذا حصل بسلامة نـــية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة ، وبشرط أن يثبت مرتكب الجريمة حقيقة كل فعل أسند إليه ، ولا يغنى عن ذلك اعتقاده صـــحة هذا الفعل. ولا يقبل من القاذف إقامة الدليل لإثبات ما قذف به إلا فى الحالة المبينة بالفقرة السابقة .

(٣) تنص هذه المادة على أن :

" كل سب لا يشتمل على إسناد واقعة معينة بل يتضمن بأى وجه من الوجوه خدشـــا للشرف أو الاعتبار يعاقب عليه فى الأحوال المبينة بالمادة ١٧١ بالحبس مدة لا تجاوز سنة وغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولاتزيد عن خمسة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين " .

٣٠٧ [١]، ٣٠٨ [٢] من القانون المذكور إذا كان المجنى عليه فيها موظفا عاما أو شخصا ذا صفة نيابية عامة أو مكلفا بخدمة عامة وكان ارتكاب الجريمة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها دون حاجة إلى تقديم شكوى أو طلب إذن .

وقد نصت المادة العاشرة على أنه : " لمن قدم الشكوى أو الطلب فى الأحوال المشار إليها فى المواد السابقة وللمجنى عليه فى الجريمة المنصوص عليها فى المادة ١٨٥ من قانون العقوبات وفى الجرائم المنصوص عليها فى المواد ٣٠٢ ،٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨ من القانون المذكور إذا كان موظفا عاما أو شخصا ذا صفة نيابية عامة أو مكلفا بخدمة عامة وكان ارتكاب الجريمة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة أن يتنازل عن الشكوى أو الطلب فى أى وقت إلى أن يصدر فى الدعوى حكم نهائى وتنقضى الدعوى الجنائية بالتنازل.

---

(١) تنص هذه المادة على أن :

" إذا ارتكبت جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد من ١٨٢ إلى ١٨٥ و٣٠٣و٣٠٦ بطريق النشر فى إحدى الجرائد أو المطبوعات رفعت الحدود الدنيا والقصوى لعقوبة الغرامة المبينة فى المواد المذكورة إلى ضعفيها " .

(٢) تنص هذه المادة على أن :

" إذا تضمن العيب أو الإهانة أو القذف أو السب الذى ارتكب بإحدى الطرق المبينة فى المادة (١٧١) طعنا فى عرض الأفراد أو خدشا لسمعة العائلات تكون العقوبة الحبس والغرامة معا فى الحدود المبينة فى المواد ١٧٩، ١٨١، ١٨٢، ٣٠٣، ٣٠٦، ٣٠٧ على ألا تقل الغرامة فى حالة النشر فى إحدى الجرائد أو المطبوعات عن نصف الحد الأقصى وألا يقل الحبس عن ستة شهور .

وفى حالة تعدد المجنى عليهم لا يعتبر التنازل صحيحا إلا إذا صدر من جميع من قدموا الشكوى. والتنازل بالنسبة لأحد المتهمين يعد تنازلا بالنسب للباقين.

وإذا توفى الشاكى فلا ينتقل حقه فى التنازل إلى ورثته ، إلا فى دعوى الزنا فلكل واحد من أولاد الزوج الشاكى من الزوج المشكو أن يتنازل عن الشكوى وتنقضى الدعوى .

(ب) ـ فى القرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ (المعدل) بإصدار قانون الجمارك :

تنص المادة ١٢٤ من القرار بقانون المذكور على أنه :

" لا يجوز رفع الدعوى العمومية أو اتخاذ أية إجراءات فى جرائم التهريب إلا بطلب كتابى من المدير العام للجمارك أو من ينيبه. وللمدير العام للجمارك أن يجرى التصالح أثناء نظر الدعوى أو بعد الحكم فيها حسب الحال مقابل التعويض كاملا أو ما لا يقل عن نصفه .

ويجوز فى هذه الحالة رد البضائع المضبوطة كلها أو بعضها بعد دفع الضرائب المستحقة عليها ما لم تكن من الأنواع الممنوعة . كما يجوز رد وسائل النقل والأدوات والمواد التى استعملت فى التهريب .

ويترتب على التصالح انقضاء الدعوى العمومية أو وقف تنفيذ العقوبة الجنائية وجميع الآثار المترتبة على الحكم حسب الحال " .

كما تقضى المادة ١٢٤ مكررا بأن :

" مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضى بها قانون آخر يعاقب على تهريب البضائع الأجنبية بقصد الاتجار أو الشروع فيه أو على حيازتها بقصد الاتجار مع العلم بأنها مهربة بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولاتجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز خمسين

ألف جنيه وتطبق سائر العقوبات والأحكام الأخرى المنصوص عليها فى المادة ١٢٢ وفى حالة العود يجب الحكم بمثلى العقوبة والتعويض .

واستثناء من أحكام المادة ١٢٤ من هذا القانون لا يجوز رفع الدعوى العمومية فى الجرائم المنصوص عليها فى الفقرة السابقة إلا بناء على طلب من وزير المالية أو من ينيبه. ويجوز لوزير المالية أو من ينيبه إلى ما قبل صدور حكم فى الدعوى العمومية الصلح مقابل أداء مبلغ التعويض كاملا ، ولا يترتب على الصلح رد البضائع المضبوطة فى الجرائم المشار إليها وإنما يجوز رد وسائل النقل والمواد التى استخدمت فى التهريب . ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى العمومية فى الجرائم " .

(ج) ـ فى القرار بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٤ فى شأن تهريب التبغ:

تنص المادة الرابعة من القرار بقانون المذكور على أن :

" لا يجوز رفع الدعوى العمومية أو اتخاذ أية إجراءات فى الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون إلا بطلب مكتوب من وزير الخزانة أو من ينيبه .

ولوزير الخزانة أو من ينيبه التصالح فى جميع الأحوال مقابل تحصيل مالا يقل عن نصف التعويض المنصوص عليه فى هذا القانون ، وفى هذه الحالة تعدم المواد التى استعملت ويجوز رد وسائل النقل والأدوات ويترتب على التصالح انقضاء الدعوى العمومية أو وقف تنفيذ العقوبة الجنائية مع جميع الآثار المترتبة على الحكم حسب الأحوال " .

١٨٩ ـ هل يجوز التصالح على الضرائب والرسوم ؟

يتعين فى هذا الشأن التمييز بين أمرين **الأمر الأول** : هو التزام الممول بدفع الضريبة . وهذا لا يجوز الصلح عليه لأن هذا الالتزام مرده إلى

الأســـاس القانونى للضريبة الذى يقوم على مبدأ سيادة الدولة التى يعطيها الحق فى أن تلزم رعاياها والمقيمين على أرضها بدفع الضرائب .

ومن ثم يمكن القول بأن التزام الممول بدفع الضريبة من النظام العام فلا يجوز أن يكون محلا للصلح .

والأمــــر الثانى : هو المبالغ المستحق دفعها على الممول كضرائب أو رســـوم أوما يسمى بدين الضريبة . وهذه المبالغ قد تكون محل نزاع بين الممول والإدارة الضريبية فجاز أن تكون محلا للصلح [1].

ونرى أنه يجوز الاتفاق على تقسيط هذه المبالغ .

---

(١) يس يحيى ص ٣٣١ ـ محمد حلمى مراد مالية الدولة ص ١٥٨ وما بعدها — وقارن السنهورى ص ٥٥٩ ، عرفه ص ٣٠٨ هامش (٤) فيريان أنه لا يجوز الصلح على الضرائب والرسوم إذا كان الحق فى تحصيلها مقررا بصفة نهائية وليس محلا للنــزاع، وإنما يجوز الاتفاق على تقسيطها . أما إذا كان الحق ذاته محلا للنـــزاع ، جاز الصلح ، فيجوز الصلح على الرسوم الاختيارية التى تحصلها المجالس البلدية .

ونضيف إلى أنه لا يجوز الصلح على الأمـــوال العامة وعلى أحكام القانون المتعلقة بإصابة العمل لتعلقهما بالنظام العام.

(ثانيا)

السبب فى عقد الصلح

١٩٠- المفهوم التقليدى للسبب :

يذهب أتباع النظرية التقليدية فى السبب ، إلى أن السبب فى عقد الصلح هو الهدف المباشر الذى يسعى كل من الطرفين إلى تحقيقه . وعلى ذلك يكون سبب التزام كل طرف هو نزول الطرف الآخر عن جزء من ادعائه . وذلك طبقا للنظرية التقليدية فى العقود التبادلية الأخرى فى أن سبب التزام كل عاقد فى العقود الملزمة للجانبين هو التزام الآخر . وعلى هذا يختلط السبب فى عقد الصلح بالمحل اختلاطا تاما [1].

١٩١- المفهوم الحديث للسبب :

تذهب النظرية الحديثة فى السبب، إلى أن السبب فى عقد الصلح هو الباعث الدافع على التعاقد ، أى الباعث الذى دفع المتصالحين على إبرام الصلح .

وهذا الباعث يختلف فى عقد الصلح الواحد من متصالح لآخر ، كما يختلف فى عقود الصلح من عقد لآخر .

فقد يكون الباعث على الصلح العزوف عن اللجوء إلى القضاء وما يستتبعه من إجراءات طويلة ومصروفات باهظة أو الحيلولة من إذاعة علاقة عائلية، أو إبقاء على صلة بذى قربى أو صديق ، أو مراعاة لواجب الاعتراف بالجميل للخصم أو حرصا على مصلحة لدى عميل .

ويشترط أن يكون الباعث الدافع إلى إبرام الصلح مشروعا أى غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

---

(١) محمد على عرفه ص ٣١٣ — يس يحيى ص ٢٦٥ .

ومـــن فإنه إذا صالح شخص امـــرأة للمحافظة على علاقة آثمة بها أو صـــالح شـــخص آخر على نـــزاع متعلق بإيجار منـــزل حتى يتمكن من إدارتـــه للدعارة أو للعب القمار، فإن الباعث الدافع على الصلح فى هذه الحالة يكون غير مشروع .

ويكون الصلح باطلا لعدم مشروعية السبب إذا كان الطرف الآخر فى العقـــد على علم بهذا الباعث أو يستطيع أن يعلمه أو من السهل عليه أن يتبينه[1] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وحيـــث إن المادة ١٣٦ من القانون المدنى تنص على أنه إذا لم يكن للالـــتزام ســـبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا– وتنص المادة ١٣٧ من ذلك القانون على أن كل التزام لم يذكـــر له سبب يفترض أن له سببا مشروعا مـــالم يقم الدليل على غير ذلك – ويعتـــبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل عـــلى مـــا يخالف ذلك – فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعـــى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ومؤدى هذا أن القانون قد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا – ولـــو لم يذكر هذا السبب – فإن ذكر فى العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقى الـــذى قـــبل المديـــن أن يلتزم من أجله – وإذا ادعى المدين أن السبب المذكـــور فى العقد هو سبب صورى فعليه أن يقدم الدليل القانونى على

---

(١) محمـــــود جمـــال الدين زكى ص ٣٥ وما بعـــدها – السنهورى ص ٥٦١ ومـــا بعدهـــا– وقارن يس يحيى ص ٣٧٨ وما بعدها ، فهو يجعل للصلح سببا مزدوجا هو وضع حد للنـــزاع القائم أو المحتمل بين الطرفين والباعث الدافع إلى التعاقد .

هـــذه الصورية – وبذلك ينتقل عبء إثبات أن للعقد سببا آخر مشروعا عاتق المتمسك – ولما كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه أن ثمة تلازما بين عقد البيع وعقد الصلح الذى تضمن التنازل عن دعوى الحجر المبرمين فى تاريخ واحد وأن المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية قد استخلصت بأدلة مستمدة من أقوال الطاعن وإقراراته والشكوى الإدارية أنه لم يدفع ثمنا إلى المطعون عليها الأولى ومورثها – فإنها تكون بذلك قد تحققت من صـــورية الســـبب الوارد فى عقد البيع – ومن أن عقد البيع إنما حرر فى مقـــابل التنازل عن دعوى الحجر – لما كان ذلك ، وكانت المادة ٥٥١ مـــن القانون المدنى لا تجيز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية – فـــإن عقـــد الصلح المؤرخ ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٠ فيما اشتمل عليه من تنازل عن قضية الحجر يكون عديم الأثر قانونا – والحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى بطلان عقد البيع يكون صحيحا قانونا فى نتيجته ولاجدوى بعد ذلك من النعى بما آثـــاره الطاعن فى السببين الثانى والخامس بشأن خطأ الحكم فيما استظهره من أن العقد شابه إكراه".

(طعن رقم ٨٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

(آثار الصلح)

موضوع رقم (١٩)

(حسم النزاع بين المتصالحين)

١٩٢- النص القانونى :

المادة (٥٥٣) مدنى :

" ١- تنحسم بالصلح المنازعات التى تناولها .

٢- ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا " .

١٩٣- تعداد :

يبين من نص المادة ٥٥٣ مدنى أن للصلح أثرين هما :

الأول : انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولا نهائيا .

الثانى : تثبيت ما اعترف به كل من الطرفين للآخر من حقوق وحسم النزاع بينهما فى ذلك .

ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى :

١٩٤- الأثر الأول : انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولا نهائيا :

يترتب على عقد الصلح انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولا نهائيا ، وهذا الأثر الذى رتبه القانون على عقد الصلح هو فى الواقع من الأمر الذى أراده العاقدان ، فالمصالحين أرادا بالصلح حسم النزاع القائم بينهما طبقا للشروط التى ارتضياها ،

واقتصـــر القانون على إلزامهما بما أرادا ، كما هو الشأن فى كل تصرف يدخـــل فى سلطـــان الإرادة . هذه القوة الملزمة للصلح تخضع للمبادئ العامة فى العقد [1].

فمثلا إذا تنازع شخصان ملكية مبنى وأرض ثم تصالحا على أن يكون المبنى لأحدهما والأرض للآخر فيترتب على هذا الصلح أن من خلصت له الأرض يلتزم أن ينـــزل عن ادعائه فى ملكية المبنى .

وعلى ذلك لا يجوز للمتصالح أن يتحلل من الالتزام الذى تقرر فى ذمته بموجب العقد ولا أن ينقض ما تم من جهته بأن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالحق الذى حسمه الصلح أو أن يسير فى دعوى مرفوعة عن ذات الحق، وإلا كان للطرف الآخر أن يدفع بانتهاء الخصومة بالصلح ، كما يجوزله أن يطلب فسخ العقد ، كما سنرى [2].

(أنظر الأحكام المنشورة ببند ١٩٦) .

١٩٥ـ الأثـر الـثانى : تثبيت ما اعترف به كل من الطرفين للآخر من حقوق وحسم النـزاع بينهما فى ذلك :

الأثـــر الثانى للصلح ، هو تثبيت ما اعترف بـــه كل من المتصالحين للآخر من حقوق وحسم النـــزاع بينهما فى ذلك .

فالأثر الثانى فى حقيقة الأمر ترتب على الأثر الأول .

ففـــى المـــثل السابق- الخاص بالنـــزاع على المبنى والأرض — تخلص ملكـــية المبنى لأحد الطرفين وملكية الأرض للطرف الآخر . ولا يستطيع أى منهما منازعة الآخر فيما ثبت له الحق فيه .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٤١ وما بعدها .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ٤٢ — يس يحيى ص ٦٠٧ وما بعدها

وسنرى أن هذا التثبيت له أثر نسبي ، فهو مقصور على المحل الذى وقع عليه ، وعلى الطرفين اللذين وقع بينهما ، وعلى السبب الذى وقع من أجله .

والشـــفعة لا تجوز إلا فى بيع العقار ولوكان بعقد غير مسجل ، ولا تجوز فى الصلح الواقع فى شأن ملكية عقار لأنه ليس ناقلا للملكية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الشـــفعة لا تجوز إلا فى بيع العقار ولوكان بعقد غير مسجل ، ولا تجـــوز فى الصــــلح الواقع فى شأن ملكية عقار لأنه ليس ناقلا للملكية بل كاشفا عنها ومقررا لها ولما تقتضيه طبيعته من أن يترك كل طرف شيئا من حقـــه فـــلا يجوز أن ينتفع الأجنبى بفائدة مقررة لمنفعة المتصالح كما أنه يســـتلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لا يمكن أن يحل فيها أجنبى عن العقـــد مثل طالب الشفعة ، إلا أن الصلح الذى يقع بين الخصوم ويصدق علـــيه القاضى فى دعوى صحة ونفاذ البيع التى تقام بقصد تنفيذ التزامات البائع والتى من شأنها نقل الملكية ، لا يترتب عليه قانونا — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- انحلال البيع الذى صدر الصلح فى شأنه ليحل هذا الصـــلح محلـــه وإنما يظل التصرف الأصلى وهو البيع قائما ومنتجا لآثاره وبالتالي تجوز فيه الشفعة " .

(طعن رقم ٨٣٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٣)

١٩٦ الدفع بانتهاء النـــزاع بالصلح :

قدمنا أن الصلح يحسم النـــزاع بين طرفيه . ويترتب على ذلك أنه إذا كانـــت الدعوى لم ترفع بشأن النـــزاع ، فإن الدعوى تكون غير مقبولة بعد الصلح .

أما إذا كانت الدعوى قد رفعت أو جددت فلا يجوز المضى فى السير فـيها . ووسيلة الخصم فى ذلك أن يدفع أمام المحكمة التى تنظر الدعوى بانتهاء الدعوى بالصلح .

وتنقضى ولاية المحكمة فى الدعوى بالصلح .

فإذا كان الخصمان لم يتفقا فى عقد الصلح على من يلزم بالمصروفات، فلا تقضى المحكمة بالمصروفات لانقضاء ولايتها ، ويتحمل كل خصم ما صرفه (١).

والدفع بانتهاء الدعوى بالصلح هو دفع بعدم القبول يخضع لحكم المادة ١١٥ مـرافعات . ومن ثم يجوز إبداؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة ثانى درجة .

وهذا الدفع مقرر لمصلحة كل من الطرفين ، ولا يتعلق بالنظام العام. ولذا يجب على صـاحب المصلحة التمسك به ، كما يجوزله التنازل عنه صراحة أو ضمنا .

ومن ثم لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض فضلا عن أنه ليس دفعا قانونيا بحتا بل يختلط فيه القانون بالواقع (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " عقـد الصلح وإن كان يحسم بين طرفيه المنازعات التى تناولها ويفرض على كل منهما التزاما بعدم تجديد المنازعة قبل الطرف الآخر فيما تم التصـالح عليه ، إلا أن الدفع بانقضاء المنازعة . بالصلح هو حق مقرر

---

(١) السنهورى ص ٥٧٣ _ وقارن استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩١٠ حيث ألزم المدين فى هذه الحالة بالمصروفات .

(٢) أكثم الخولى ص ٥١ .

لمصلحة كل من الطرفين ، يجوز له أن يتمسك به إذا جدد الطرف الآخر المنازعة فى الحق المتصالح فيه ، كما يجوز التنازل عن الدفع صراحة أو ضمنا ، فإذا لم يقم أحدهما بما التزم به فى عقد الصلح وجدد المنازعة فى الأمر المتصالح عليه بأن استمر بعد الصلح فى إجراءات الدعوى و لم يكن الطرف الآخر قد تمسك بالدفع بحسم المنازعة بالصلح حتى صدر فيها حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فإنه لا يكون فى استطاعة الطرف الذى أسقط حقه فى هذا الدفع الاحتجاج بعقد الصلح الذى كان يجوزله تقديمه فى المنازعة التى صدر فيها الحكم ، ولا يجوز الاستناد إليه فى دعوى مستقلة كدليل لنقض حجية الحكم الذى حاز قوة الأمر المقضى".

(طعنان رقما ٢٩٠ ،٣٠٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٦/١١)

٢- " عقد الصلح وإن كان يحسم المنازعات التى تناولها ويفرض على كل منهما التزاما بعدم تجديد المنازعة قبل الطرف الآخر فيما تم التصالح عليه إلا أن الدفع بانقضاء المنازعة بالصلح هو — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- حق مقرر لمصلحة كل من الطرفين يجوزله أن يتمسك به إذا جدد الطرف الآخر المنازعة فى الحق المتصالح فيه ، كما يجوز التنازل عن الدفع صراحة أو ضمنا ، فإذا لم يقم أحدهما بما التزم به فى عقد الصلح وجدد المنازعة فى الأمر المتصالح عليه بأن استمر بعد الصلح فى إجراءات الدعوى ، و لم يكن الطرف الآخر قد تمسك بالدفع بحسم المنازعة بالصلح حتى صدر فيها حكم حاز قوة الأمر المقضى فإنه لا يكون فى استطاعة الطرف الذى أسقط حقه فى هذا الدفع الاحتجاج بعقد الصلح الذى كان يجوزله تقديمه فى المنازعة التى صدر فيها الحكم ، ولا يجوز الاستناد إليه فى دعوى مستقلة كدليل لنقض حجية الحكم الذى حاز قوة الأمر المقضى . وإذا كان الثابت أن الطاعنين استمرا بعد الصلح

فى السير فى طعنهما السابق بالنقض و لم يقدم المطعون عليه دفاعه فى الميعاد المحدد قانونا ، فإنه قد أسقط حقه فى التمسك بالصلح- الذى تم بين الطرفين أثناء تداول الطعن السابق بالنقض – ولا يجوز أن يعود إلى التمسك به أمام أية جهة أخرى بعد أن أصدرت محكمة النقض حكمها فى الطعن " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٧)

٣- " القاضى وهو يصدق على محضرالصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته تقتصر على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ، ولا يعدو هذا الاتفاق أن يكون عقدا ليس له حجية الشئ المحكوم فيه ، إلا أن المادة ٥٥٣ من القانون المدنى نصت على أن " تنحسم بالصلح المنازعات التى يتناولها ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا " مما مؤداه أنه إذا انحسم النزاع بالصلح لا يجوز لأى من المتصالحين أن يجدد هذا النزاع لا بإقامة دعوى به ولا بالمضى فى الدعوى التى كانت مرفوعة مما حسمه الطرفان صلحا " .

(طعن رقم ١١٣ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٥)

٤- " النص فى المادة ٥٥٣ من القانون المدنى على أن " تنحسم بالصلح المنازعات التى تناولها ، ويترتب عليه انقضاء الخصومة والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا " ، يدل – وعلى جرى به قضاء هذه المحكمة – على أنه إذا انحسم النزاع بالصلح لا يجوز لأى من المتصالحين أن يجدد هذا النزاع لا بإقامة دعوى به ولا

المضى فى الدعوى التى كانت مرفوعة بما حسمه الطرفان صلحا وتنقضى ولاية المحكمة على الخصومة " .

(طعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

٥- " إذ كانت المادة ٥٤٩ من القانون المدنى تنص على أن " الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه" كما تنص المادة ٥٥٣ منه على أنه "١- تنحسم بالصلح المنازعات التى تناولها. ٢- ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا" وإذا كان البين من الأوراق أن عقد الصلح الذى أبرمه الطاعن والمطعون عليهما الأول والثانى بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٤ بعد رفع الطعن الحالى وحكمت محكمة الاستئناف فى ذات التاريخ بإلحاقه بمحضرالجلسة وجعله فى قوة السند التنفيذى قد تضمن تنازل المطعون عليه الأول عن حقه فى الأخذ بالشفعة وعن الاستئناف المرفوع بشأن هذا الحكم وصحة الحكم الصادر من محكمة أول درجة وبصحة التصرف الصادر إلى الطاعن وإن هذا الصلح منهيا لكل نزاع مستقبلا ولايجوز لأى طرف الرجوع. وكان هذا الصلح لا مخالفة فيه للنظام العام ، وكان الصلح يحسم المنازعات التى تناولها على ما نصت عليه المادة ٥٥٣ سالفة الذكر مما مفاده عدم جواز تجديد النزاع- أو المضى فيه إذا كان لازال قائما ، وانقضاء ولاية المحكمة فى الفصل فى النزاع بما يعنى انتهاء الخصومة فيه ولما كان انتهاء الخصومة بغير حكم فى الدعوى يرجع إلى

أســباب مختلفة نظم قــانون المرافعات بعضها كما فى أحــوال السقوط والانقضاء بمضى المدة والترك و لم ينظم البعض الآخر كما فى حالة الصلح بين طرفى الخصومة وحالة وفاة الخصم أو غيره إذا كان النـــزاع مما ينتهى بالوفاة كما فى دعوى التطليق والطاعة والحضانة والضم وكان إغفال هذا التنظـــيم يعـــد نقصا تشريعيا يوجب على القاضى تكملته بالالتجاء إلى المصـــادر الـــتى نصت عليها المادة الأولى من القانون المدنى ومنها قواعد العدالـــة ، فإن الحل العادل فى حالة انتهاء المنازعة صلحا أن يقضى فيها بانتهاء الخصومة ".

(طعن رقم ٩١١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩١/١/٢٠)

٦- " وكـــان المقـــرر فى قضـــاء هذه المحكمة أنه إذا حسم النـــزاع بالصلح فإنه لا يجوز لأى من المتصالحين أن يجدد النـــزاع لا بإقامة دعوى به ولا بالمضى فى الدعوى التى كانت مرفوعة بما حسمه الطرفان صلحا ، وانقضـــاء ولاية المحكمة فى الفصل فى النـــزاع بما يعنى انتهاء الخصومة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطـــأ فى تطبيقه ويتعين نقضه والحكم بانتهاء الخصومة فى الاستئنافين صلحا " .

(طعن رقم ٦٦٧٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٣/١٢)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" ومن حيث إن النـــزاع وقد انحسم صلحا على ما سلف بيانه ، فإنه يترتـــب علـــيه وفقا لحكم المادة ٥٥٣ من القانون المدنى انقضاء الحقوق والادعاءات التى نـــزل عنها أى من المتعاقدين نـــزولا نهائيا ، ولا يجوز

من ثم لأى من طرفى الصلح أن يمضى فى دعواه ... يثير النـــزاع بمحاولة نقـــض الصلح أو الرجوع فيه بدعوى الغلط فى تفسير الفقرة السابعة من البـــند العشرين من الشروط . وبناء عليه فإن الدعوى مثار الطعن الماثل وقد رفعت متجاهلة الصلح الذى سبق أن حسم موضوع الخصومة تكون جديـــرة بالرفض ، ويكون الحكم المطعون فيه والأمر كذلك قد صادف الصواب فيما انتهى إليه من رفض الدعوى وإلزام رافعها المصروفات ".

(طعن رقم ٩٢٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٧٦/١/١٤)

وإذا طعن الخصم فى عقد الصلح المقدم من خصمه ليدفع حجيته تعين على المحكمة الفصل فى صحة هذا الصلح قبل قضائها فى الدعوى، فحكم عقـــد الصلح حكم كل دليل يقدم إليها فتقول كلمتها فيه أخذا به أو اطراحا له .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا قدم المستأنف عليه إلى المحكمة عقد صلح محتجا على خصمه فى قبوله الحكم الابتدائى وتنازله عن الحق فى استئنافه ، وطلب مؤاخذته به، فلا شك فى أن من حق هذا الخصم (المستأنف) أن يطعن على هذا العقد ويـــــدفع حجيته عنـــه ، ومن واجب المحكمة أن تتعرض له وتفصل فى الـــنـــزاع القائم بشأنه بين الطرفين . فإن هذا العقد حكمه حكم كل دلـــيل يقدم إلى المحكمة فتقول كلمتها فيه أخذا به أو اطراحا له ، لايجب عليها وقف الاستئناف حتى يفصل فى الدعوى المقامة بصحة عقد الصلح ونفاذه " .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/٦/٥)

وتنـــتهى الدعـــوى بالصلح . فإذا ادعىآخر حقاله ، كان سبيله رفع دعوى جديدة .

أما إذا تدخل فى الدعوى التى قدم فيها الصلح آخر تدخلا هجوميا أى مدعيا لنفسه بحق ذاتى ، فقد ذكرنا سلفا أنه لا يجوز للمحكمة أن تنهى الدعوى صلحا إلا بعد الفصل فى موضوع التدخل باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها ، وعلى أساس أن الحكم الـــذى تصدره المحكمة فى موضوع الدعوى أو بإنهاء الدعوى صلحا ، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخل .

(راجع بند ١٥٧) .

١٩٧ ـ التنفيذ العينى بعقد الصلح :

لا يجوز التنفيذ العينى بعقـــد الصلح ، إلا إذا كـــانت له صفة السند التنفيذى ، وهذا لا يكون إلا إذا كان مصدقا عليه من المحكمة أوكان ثابتا بورقة رسمية .

أما إذا لم يكن عقد الصلح كذلك ، فإنه لا يجوز التنفيذ العينى بموجبه وإنما يجب الحصول على حكم بموجب هذا الصلح .

ويجـــب أن يكون الأمر المتفق عليه فى عقد الصلح متيسر النفاذ ، إما بالكيفـــية المنصوص عليها فى عقد الصلح ، وإما فى النصوص المدونة فى القانون ، فإذا لم يتيسر النفاذ بأحد هذين الطريقين كان الاتفاق لغوا كأن لم يكن [1].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٦٢٨ .

وقد قضى بأنه إذا اتفق الشركاء فى محضرصلح على أن يقتسموا الأعيان ملكهم بمعرفة أنفسهم ، بمقتضى قوائم تحرر ويوقع عليها منهم ، ولكن لم تــذكر فى الصلح الكيفية التى تتم بها القسمة ولا هم اتفقوا عليها، فإن هذا الصلح يكون لغوا ولذلك أجابت المحكمة طلب بعض الشركاء إحالة القسمة إلى المحكمة الجزئية المختصة لإجرائها قضائيا[١].

١٩٨ـ الاتفاق على شرط جزائى فى الصلح :

يجوز للطرفين أن يتفقا على شرط جزائى بعقد الصلح ، يدفعه المدين منهما إذا تأخر فى تنفيذ التزامه ، أو كجزاء على الطعن فيه من أيهما .

وهنا تطبق القواعد العامة ، فإذا تأخر المدين منهما فى تنفيذ التزامه ، جاز للطرف الآخر طلب التنفيذ العينى وتطبيق الشرط الجزائى للتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب التأخر فى التنفيذ ولا يكون الشرط الجزائى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر (م٢٢٤/١ مدنى).

ويجوزللقاضى أن يخفض هذا التعــويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أوأن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه (م٢٢٤/٢ مدنى) .

وإذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (م٢٢٥ مدنى) .

وإذا كان الشرط الجزائى مقررا كجزاء على الطعن فى الصلح وطعن أحد المتصالحين فيه . فإذا نجح الطاعن فى طعنه وأسقط الصلح ، لم يكن

---

(١) استئناف أهلى ١٢ يناير١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ١٤٨ .

الشرط الجزائى مستحقا إذ هو يسقط مع سقوط الصلح . أما إذا لم ينجح الطاعن فى طعنه وبقى الصلح قائما ، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرجع بالشرط الجزائى على الطرف الذى لم ينجح فى الطعن مع جواز تخفيضه إذا كان مبالغا فيه على الوجه الذى أوردناه سلفا .

وبطلان الصلح يستتبع بطلان الشرط الجزائى [1].

١٩٩ـ فسخ عقد الصلح :

يذهب جمهورالفقهاء إلى أنه يجوز فسخ عقد الصلح شأنه فى ذلك شأن سائر العقود الملزمة للجانبين ، ولو لم يتضمن الصلح نقلا لحقوق جديدة ، واقتصر على الكشف عن الحقوق الثابتة من قبل ، لأن الصلح ينشئ التزامات فى جانب كل من المتصالحين هو ترك الجزء من ادعائه الذى نزل عنه بالصلح فيلتزم إذن بعدم تجديد النــزاع فى هذا الجزء ، فإذا أخل أحد المتصالحين بهذا الالتزام ،جاز للمتصالح الآخر أن يطلب فسخ الصلح ليلغى النـــزول عن الجزء من ادعائه الذى نزل عنه بالصلح [2].

---

(١) السنهورى ص ٥٧٧ .

(٢) الســـنهورى ص ٥٧٨ ومـــا بعدها ـ أكثم الخولى ص ٦٦ وما بعدها – يس يحـيى ص ٦٩٤ ومـــا بعدهـــا – محمد كامل مرسى ص ٦٢٣ – وهذا على خــلاف رأى أنصـــار النظرية التقليدية فى الأثر الكاشف للصلح- وهو رأى مهجـــور الآن- فى أن الصلح لا يجوز فسخه إذا لم يتضمن نقلا لحقوق جديدة واقتصـــر عـــلى الكشف عن الحقوق الثابتة ، لأن الصلح فى نظرهم هو إقرار والإقرار إخبار لا إنشاء فلا يجوز فسخه .

فـــإذا اختلف وارثان على تقسيم تركة عبارة عن منـــزل وأرض زراعية ، ثم اصـــطلحا على أن يختص أحدهما بالمنـــزل والآخر بالأرض فإن كل منهما يعد

وليس ثمة تعارض بين القول بالأثر الكاشف للصلح وبين جواز الفسخ، إذ أن الأساس القانونى لنظرية الفسخ قائم على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين إذ أن التزام أحد المتعاقدين فى هذه العقود يكون مرتبطا بالتزام المتعاقد الآخر ، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل من هذا الالتزام بطلب الفسخ (١).

فإذا نازع المدين الدائن فى الدين ، وتصالحا على أن ينـــزل الدائن عن جـــزء مـــن الدين ويدفع المدين الباقى ، ثم أخل المدين بالتزامه فلم يدفع الجـــزء من الدين الذى تعهد بدفعه فى عقد الصلح، جاز للدائن فى هذه الحالـــة أن يطالب بتنفيذ الصلح إذا كان ممكنا فيجبر المدين على دفـــع الجزء الباقى من الدين الذى تعهد بدفعه فى عقد الصلح ، أو يطلب فسخ عقد الصلح .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا برقم ٧٥٣ يجرى على أنه " إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما التزم به فى الصلح ، جاز للطرف الآخر أن يطالب بتنفيذ العقد إذا كان هذا ممكنا ، وإلا كـــان له

مالكـــا بسبب الميراث لا بسبب الصلح ويكون الصلح مقررا أو كاشفا لحقهما الثابـــت من الميراث ولا يكون كل منهما خلفا للآخر فيما اختص به ويكون الصـــلح بمـــثابة إقرار كل منهما لحق الآخر ومن ثم لا يتصور الفسخ فى هذه الحالـــة لأنه رجوع فى الإقرار ولا يجوز أن يعلق الإقرار فى وجوده على تنفيذ الطـــرف الآخر لما التزم به فى الصلح (راجع فى عرض هذا الرأى يس يحيى ص ٦٩٣ وما بعدها – محمد على عرفه ص٣٤٤) .

(١) يس يحيى ص ٦٩٥ .

أن يطلب فسخ العقد ، دون إخلال فى حقه بالتعويض فى الحالتين " — وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى : " يرد الفسخ على الصلح كما يرد على أى عقد آخر ملزم للجانبين ، فإذا لم يقم أحد المتصالحين بما أوجبه الصلح فى ذمتـه من التزامات ، جـاز للمتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ أو التنفيذ إذا كان ممكنا ، مع التعويض فى الحالتين إذا كـان له محل . فإذا فسخ الصلح اعتبر كأن لم يكن ، وعاد النـزاع القديم كما كان " — إلا أن النص سالف الذكر حذف فى لجنة المراجعة لأن " حكمه مستفاد من القواعد العامة " [١].

ويخضع فسخ عقد الصلح للقواعد العامة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين ، فيجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوزله أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته (م١٥٧/٢ مدنى) .

وإذا قضى بفسخ الصلح اعتبر الصلح كأن لم يكن ، إذ يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل الصلح ، ويعود النـزاع القديم كما كان ، دون أن يكون للصلح المفسوخ أية حجية على أى من الطرفين فى هذا النـزاع لأن الصلح تنازل عن حق الدعوى وليس إقرارا بحق الخصم[٢] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٤٦٤ هامش (١) .

(٢) أكـثم الخولى ص٦٧ — وقد قضى بأنه إذا أبرأ الدائن مدينه فى نظير أن يدفع الباقى فى مواعيد محددة واتفق على أن يكون الصلح مفسوخا إذا لم يقم الأخير بدفـع الأقساط فى مواعيدها ، أصبح حق الدائن مستحق الأداء جميعه بمجرد تأخر المدين عن الوفاء فى المواعيد المقررة (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر ١٩٣١ مجلـة التشريع والقضاء المختلط السنة ٤٤ص٩٤)- ولكن إذا قبل الدائن الوفاء بعـد حلول ميعاد استحقاق القسط، بل وقبل تأجيل بعض الأقساط التالية، =

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الصلح لا يترتب عليه قانونا انحلال التصرف الذى صدر الصلح فى شأنه ليحل هذا الصلح محله ، وإنما يظل التصرف الأصلى قائما ومنتجا لآثاره المعدلة بعقد الصلح ، بحيث إذا أبطل هذا العقد أو فسخ ظل التصرف الأصلى منتجا لآثاره دون أن ينال منها الصلح الذى أبطل أو فسخ ".

(طعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٠)

ولا يترتب على فسخ عقد الصلح سقوط ما ورد به من إقرارات لأن الإقرار إخبار وليس إنشاء لحق فلا ترد عليه أحكام الفسخ .

= اعتبر متنازلا عن فسخ الصلح. **إذ قضت محكمة النقض بتاريخ ١١/١٩/ ١٩٤٢ فى الطعن رقم ١٧ لسنة ١٢ ق بأن :**

" إذا كانت المحكمة قد فهمت الدعوى على مطالبة بمبلغ حصل التنازل عنه بمقتضى محضر صلح ، وأن التنازل كان معلقا على شرط دفع أقساط الدين الباقى فى الآجال المحددة ، وأن المدعى عليه قد تأخر عن دفع الأقساط فى مواعيدها ، ثم قضت بعدم استحقاق المدعى لهذا المبلغ ، بانية ذلك على أن المدعى عليه قد قام بدفع بعض الأقساط قبل مواعيدها ، وأن المدعى قد قبل منه مبالغ بعد تواريخ الاستحقاق ، بل قبل تأجيل باقى بعض الأقساط إلى مواعيد الأقساط التى تليها ، مما مفاده عدم استمساكه بالمواعيد وبما رتبه عقد الصلح على عدم مراعاتها ، فهذا الحكم إذا انتهى إلى ما قضى به ، بناء على المقدمات التى ذكرها ، لا يصح تعييبه.

وإذ كانت المحكمة بعد تقريرها ما تقدم من تحلل المدين من الشرط الذى يتمسك به الدائن قد استطردت إلى تكييف هذا الشرط بأنه تهديدى لا يتناسب فيه التعويض مع الضرر المحتمل من التأخير وأنه حتى لو كان شرطا جزائيا فإنه لم يحصل عدم وفاء كلى بل كان التأخير جزئيا ، فذلك منها لا يتجافى مع موجب الواقعة التى حصلتها " .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الإقرار إخبارا بأمر وليس إنشاء لحق فلا ترد عليه أحكام الفسخ ، فإن الحكم المطعون فيه وقد رد على دفاع الطاعنين المؤسس على أن عقد الصلح قد فسخ لعدم تنفيذ ما أبرم من أجله ، بأن ذلك العقد ينطوى على إقرار بملكية المطعون عليه بوصفه شريكا فى العقار ، وأن هذا الإقرار لا يسقط بعدم تنفيذ عقد الصلح ، فإن هذا الذى قرره الحكم صحيح فى القانون " .

(طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٥)

٢٠٠ـ الاتفاق على الشرط الصريح الفاسخ :

تنص المادة ١٥٨ مدنى على أنه : " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه " .

وهذا النص العام الوارد بشأن العقود الملزمة للجانبين يسرى على عقد الصلح فيجوز الاتفاق فى العقد على الشرط الصريح الفاسخ .

كما أن الصلح قد يفسخ بحكم القانون فى حالة استحالة تنفيذ التزامات أحـــد الطرفين ، فتنقضى الالتزامات المقابلة له . وينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

٢٠١ـ التقايل فى الصلح :

التقايل هو اتفاق الطرفين فى عقد من العقود على إلغائه ويترتب على ذلك انحلال العقد ، وهذا الانحلال يكون قبل انقضائه بالطريق المعتاد وهو تنفيذ الالتزامات التى ينشئها . وقد يقع التقايل قبل البدء فى تنفيذ العقد .

والتقايل يتم بإيجاب وقبول كما هو الشأن فى العقد الأصلى ، والأصل أن له أثرا رجعيا ويعتبر عقدا آخر بالنسبة إلى الغير وكذلك بالنسبة إلى التسجيل (١).

وبناء عليه يجوز للمتصالحين أن يتقايلا من الصلح ، ولكن لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بذلك . ويجوز أن يستخلص التقايل ضمنا من استمرار الدعوى بين المتنازعين دون أن يدفع أيهما بالصلح الذى كان قد تم بينهما. وقد يكون التقايل جزئيا ، فيتقايلان فى جزء مما تصالحا عليه ويستبقيان الجزء الآخر (٢).

تفسير عقد الصلح :

٢٠٢ـ النص القانونى :

المادة (٥٥٥) مدنى :

" يجب أن تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا ، وأيا كانت تلك العبارات فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التى كانت وحدها بصفة جلية محلا للنزاع الذى حسمه الصلح " .

٢٠٣ـ تفسير الصلح تفسيرا ضيقا :

قاضى الموضوع هو المنوط به تفسير عقد الصلح — كالشأن فى تفسير أى عقد آخر — ولا رقابة لمحكمة النقض على القاضى فى تفسيره لعقد الصلح ، ما لم يستند فى تفسيره إلى أسباب غير سائغة ، ويشوه قصد المتعاقدين .

---

(١) يس يحيى ص ٦٩٨ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٥٨٠ هامش (٢) — يس يحيى ص ٦٩٩ .

ويبين من نص المادة ٥٥٥ أن المشرع يجعل من الواجب عدم التوسع فى تفسير الصلح ، وتلك نتيجة طبيعية للقاعدة القانونية التى من مقتضاها أن التنازل عن الحق لا يفترض ، وبما أن أساس الصلح هو نزول كل من المتصالحين عن جزء من ادعاءاته ، كان طبيعيا ألا يتوسع فى تفسير هذا التنازل ، وأن يتذرع القاضى بالحيطة والدقة فى تحديد موضوعه خشية أن يشوه قصد المتعاقدين ، ويخرجه عن الغاية التى قصدا إليها متجاوزا بذلك الحدود التى رسماها ، فيتعرض لرقابة محكمة النقض [(١)].

والنص المذكور يقرر قاعدتين يتضمنهما المبدأ السالف الذكر .

القاعدة الأولى :

وجوب أن تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح بمعناها الدقيق.

فإذا تضمن الصلح تنازلا عن فوائد الدين فسر التنازل بأنه مقصور على ما استحق منها لا على ما سيستحق .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" الصلح نسبى فى الموضوع فهو يقصرعلى الحقوق التى كانت محلا للنزاع دون غيرها . ويجب أن تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح بمعناه الضيق ، فإذا تضمن الصلح تنازلا عن فوائد الدين مثلا ، فسر التنازل بأنه مقصور على ما استحق منها على ما سيستحق " [(٢)].

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٢٥ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٤٥٦ .

ويفسر الصلح الحاصل بين الحكومة وأحد المقاولين بقصد تسوية الحساب بينهما نهائيا ، على أنه لا يتضمن تنازل الحكومة عن الضمان العشرى للمنشآت التى أقامها هذا الأخير [١].

وإذا تصالح الشريك مع شركائه على ما يستحق من أرباح فى الشركة، فإن هذا الصلح لا يشمل إلا ما استحقه فعلا من أرباح ، لا ما قد يستحقه فى المستقبل .

والقاعدة الثانية :

أن يقصر الصلح على المنازعات التى يقصد المتصالحان أن تكون موضوعا له دون غيرها .

ويجب فى تحديد هذا القصد الرجوع إلى الحالة التى كانت قائمة بينهما وقت إبرام العقد . فإذا نص فى عقد الصلح مثلا على أن أحد المتصالحين قد تنازل عن كل ماله من حقوق وادعاءات قبل الآخر ، لا يمتد الصلح رغم ذلك إلا إلى الحقوق التى واجهاها وقت التعاقد وجعلا منها موضوعا له [٢].

---

(٢) استئناف مختلط ١٩١١/٢/٢٣ مجلة التشريع والقضاء المختلط ١ لسنة ٢٣ ص ١٩٢.

(٣) استئناف مختلط ١٦ مايو ١٨٨٩ مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة الأولى ص ١٨٧ .

وإذا تصالح وارث مع بقية الورثة على ميراث، اقتصر الأثر على الميراث الذى تنــاوله الصلح ، ولا يتناول ميراثا آخر ويشترك فيه أيضـــا بقية الورثة(١).

والصلح الحاصل بين دائنى الشركة لا يحتمل الديون التى على أحد الشركاء بصفته الشخصية (٢)

وإذا تصالح شخصان فى دعوى وضع اليد على أن تكون لأحدهما ، ورفع الخارج دعوى الملكية ، فلا يحتج عليه بالصلح فى وضع اليد لاختلاف الدعويين (٣).

واستعمال المتعاقدين عبارة البراءة العامة ، بعد أن حصرا موضوع التخالص وحدداه فيما هو مبين بمحضر الصلح ، إنما يفيد عموم البراءة فى نوع الحقوق التى كانت محل اعتبارهما عند التعاقد (٤).

---

(١) السنهورى ص ٥٧١ .

(٢) مصر الكلية ٧ يناير ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٨١ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ .

(٤) استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٨٩٩ .

ومــع ذلـــك فقد رأت بعض المحاكم المصرية أن الصلح لا يحسم المنازعة فقط وقت إبرامه بل حاسما أيضا لكل نزاع يثار فى المستقبل متى كان هذا النـــزاع ناشـــئا فى الدعـــوى نفسها التى حصل فيها الصلح (طنطا الجزئية ١٥ فبراير ١٩٠٣ — المجموعـــة الرسمـــية السنة ٥ رقم ١٠٢) . وذلك تحقيقا لما قصده المـــتعاقدان (قـــنا الكلية ٣٠ يوليو ١٩٣١ المحاماة السنة ١٢ رقم ٥٠٥). فإذا تنازلـــت وارثة ، فى عقد الصلح عن باقى حقوقها الآيلة لها بالميراث الشرعى عن والدها ، لا يجوز لها المطالبة بريع الأطيان التى استولت عليها مقابل التنازل لأن هـــذا الريع هو من باقى حقوقها الآيلة لها بالميراث الشرعى عن والدها التى تنازلت عنها بمحضر الصلح، فضلا عن أن الريع تابع للنـــزاع فى الملكية الذى حســـمه الصـــلح، والفرع يتبع الأصل (طنطا الجزئية ١٥ فبراير ١٩٠٣ ، قنا الكلية ٣٠ يوليو ١٩٣٩)- راجع أيضا محمود جمال الدين زكى ص٥٣ .

على أنه وإن كان من الواجب عدم التوسع فى تفسير الصلح وقصره على موضوع النـــزاع ، إلا أن ذلك لا يمنع قاضى الموضوع من أن يستخلص من عبارات الاتفاق والظروف التى تم فيها نية الطرفين والنتائج المبتغاة من عمل الصلح ، ويعين نطاق النـــزاع الذى أراد الطرفان وضع حد له بالصلح .

فليس ثمة ما يمنع القاضى من أن يتخذ من العقد الذى بشأنه حصل الصلح أساسا لتفسير شروطه . فإذا أسست المحكمة قضاءها بصحة التنفيذ بفوائد تأخير الأقساط المستحقة من ثمن المبيع على أن محضر الصلح المطلوب التنفيذ به صريح فى احتفاظ البائع بجميع الحقـــوق المقررة له بعقد البيع ، وعلى أن عقد البيع ينص على سريان الفوائد عن التأخير، فلا مجال للنعى على حكمها هذا ، لأن عقد البيع يكون والحالة هذه متمما لعقد الصلح ، ومن ثم فإن الفوائد المنصوص عليها فيه تكون فى حكم المنصوص عليها فى محضر الصلح [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الصلح عقد ينحسم به النـــزاع بين طرفيه فى موضوع معين على أساس نزول كل منهما عن بعض ما يدعيه قبل الآخر. ولهذا يجب ألا يتوسع فى تأويله وأن يقصر تفسيره على موضوع النـــزاع. على أن ذلك ليس من مقتضاه أن قاضى الموضوع ممنوع من أن يستخلص من عبارات الاتفاق ومن الظروف التى تم فيها نية الطرفين والنتائج المبتغاة من

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٢٦ .

الصلح ، ويحدد نطاق النـــزاع الذى أراد الطرفان وضع حد له باتفاقهما عليه ، بل إن ذلك من سلطته ولا رقابة عليه فيه مادامت عبارات الصلح والملابسات التى تم فيها تحتمل ما استخلصه منها " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤١/١/١٦)

٢-" إذا كانت الجريمة من الجرائم التى لا تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه (جريمة ضرب) فلوالد المجنى عليه بعد وفاته أن يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذى لحق ابنه من جرائها لأن من حقه بصفته وارثا أن يطالب بتعويض الضرر المادى والأدبى الذى سببته الجريمة لمورثه.، على اعتبار أن هذا الضرر يؤول فى النهاية إلى مال يورث عن المضرور ومادام المجنى عليه قبل وفاته لم يتنازل صراحة عن حقه فى التعويض فلا محل لافتراض هذا التنازل واستنتاجه من أن وفاته حصلت قبل أن يرفع دعوى التعويض " .

(نقض جنائى طعن رقم ٢١١ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/٣/١٣)

٣ - (أ) — " إن الصلح عقد ينحسم به النـــزاع بين طـــرفيه فى موضوع معين على أساس نزول كل منهما عن بعض ما يدعيه قبل الآخر ، ولهذا فقد نصت المادة (٥٥٥) من القانون المدنى على وجوب أن تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا ، وأيا كانت تلك العبارات ، فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التى كانت وحدها بصفة جلية محلا للنـــزاع الذى حسمه الصلح " .

(ب) — " إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الأول تعدى على الطاعنة بالضرب فى ١٩٨٢/٣/٢٣ أثناء شجار بين عائلتيهما،

وشكلت فى اليوم التالى لجنة للصلح بين الفريقين، أقرت تحمل كل مصاب – ومنهم الطاعنة – نفقات علاجه ، ونزوله عن حقوقه المدنية قبل الآخر ، وكانت عبارات الصلح لا تتسع – وفق ما لابس انعقاده من الظروف ..... إلا للإصابات الظاهرة فى حينه ، وإذ تبين – لاحقا- تخلف عاهة مستديمة لدى الطاعنة – والتى تختلف فى طبيعتها عن الإصابة التى تبرأ بعد مدة _ فإنه يكون لها أن تطالب بالتعويض عنها ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وحاجها بالصلح ، الذى اعتبره نزولا منها عن حقها فى التعويض، فإنه يكون معيبا بالفساد فى الاستدلال والخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٢٣٤٩ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/١/٢٤)

٢٠٤ـ الفرق بين عقد الصلح والحكم :

يتفق عقد الصلح والحكم فى أمرين **الأول** : أن كل منهما يحسم النـــزاع. **الثانى** : وجود وحدة فى الخصوم والمحل والسبب فى عقد الصلح والحكم كما سنرى .

ويختلف عقد الصلح عن الحكم فيما يأتى :

١- أن الصلح عقد كسائر العقود ، يشترط فيه توافر الرضا فهو ينعقد بإيجاب وقبول .

أما الحكم فيصدر من المحكمة فى دعوى مرفوعة من أحد الأطراف للفصل فى نزاع . وتتبع المحكمة فى نظر الدعوى وإصدار الحكم القواعد المقررة فى قانون المرافعات .

٢- الصلح يجوز أن يتوقى نزاعا محتملا ، أما الحكم فهو يفصل فى نزاع قائم .

٣- أن الصلح- باعتباره عقدا - يخضع فى تفسيره للقواعد التى تخضع لها تفسير كافة العقود وإن كان يجب تفسيره تفسيرا ضيقا كما رأينا . أما الحكم فيخضع فى تفسيره للأحكام الواردة فى المادة ١٩٢ من قانون المرافعات .

٤- الصلح - كما رأينا سلفا - وحدة غير قابلة للتجزئة أما الحكم فهو قابل للتجزئة ، ويمكن تعديل أو إلغاء جزء منه دون مساس بباقيه .

٥- الصلح لا يجوز تنفيذه إلا إذا كان مصدقا عليه من المحكمة أو كان ثابتا بورقة رسمية .

أما عدا ذلك فلا يجوز تنفيذه إلا بعد استصدار حكم بموجبه .

أما الحكم فيجوز تنفيذه طبقا للقواعد المقررة فى قانون المرافعات.

٦- يجوز أخذ حق اختصاص بمقتضى الحكم واجب النفاذ ، ولما كان عقد الصلح ليس حكما فإنه لا يجوز أخذ حق اختصاص بموجبه على هذا الأساس .

وإن جاز أخذ حق اختصاص بناء على الحكم الذى يثبت صلحا أو اتفاقا بين الخصوم عملا بالمادة ١٠٨٧ مدنى .

(راجع بند ١٦٠) .

٧- الصلح لا يجوز الطعن فيه إلا بدعوى مستقلة لعيب من عيوب الإرادة عدا الغلط فى القانون . أما الحكم فلا يجوز الطعن فيه لعيب من عيوب الإرادة . وإنما يجوز الطعن فيه بالطرق المبينة بقانون المرافعات .

موضوع رقم (٢٠)

(الأثر الكاشف للصلح)

٢٠٥ – النص القانونى :

المادة (٥٥٤) مدنى :

" للصلح أثر كاشف بالنسبة إلى ما تناوله من الحقوق ، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها " .

٢٠٦ـ الأثر الكاشف للصلح بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها:

تنص المادة ٥٥٤ مدنى أن للصلح أثر كاشف بالنسبة إلى ما تناوله من الحقوق ويقتصر الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها .

والمقصود بالأثر الكاشف لهذه الحقوق ، أن الصلح لا يتضمن إنشاء أو نقلا للحقوق المتنازع فيها ، بل يقتصر الصلح على الكشف عن وجود الحق مستندا إلى مصدره الأول أى أن الحق الذى تنازل عنه أحد المتصالحين للآخر يعتبر ثابتا لا من وقت الصلح بل من وقت وجود السبب الذى أنشأ هذا الحق .

فإذا تنازع شخصان على أرض ومنزل وكان يملكها مورث مشترك، فاصطلحا على أن يختص أحدهما بالأرض والآخر بالمنزل ، اعتبر كل منهما مالكا لما اختص به ، لا من وقت الصلح بل من وقت موت المورث [1].

---

(١) لم يكن لنص المادة ٥٥٤ مدنى مقابل فى التقنين المدنى السابق . وإنما كانت تنص المادة ٥٣٧ / ٦٥٩ على أن : " التأمينات التى كانت على الحق الذى وقع فيه الصلح تبقى على حالها للوفاء بالصلح ولكن يجوز لمن عليه تلك التأمينات أو لمن يتضرر من بقائه أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع التى كانت=

وإذا تصالح المسئول والمضرور على مبلغ التعويض فإن هذا الصلح يقتصر على الكشف عن مقدار التعويض الذى يظل مصدره الفعل الضار لا الصلح .

وإذا كان هذا هو معنى الأثر الكاشف للصلح فإن من الطبيعى أن يقتصر هذا الأثر على ذات الحقوق التى كانت محلا للنـــزاع من الطرفين. أما إذا تضمن الصلح معدلات كمبلغ من النقود أو حق شخصى أو ملكية عين يقدمها أحد الطرفين إلى الآخر نظير تنازله عن ادعائه ، فلا شك أن الأثر الكاشف لا يلحق هذا المعدل بل يقتصر على الحق موضوع النـــزاع وذلك لأن الصلح فى هذه الصورة يتضمن بلا شك انتقالا لحق ثابت لأحد الطرفين إلى الآخر تسرى بشأنه كافة الأحكام والآثار القانونية المترتبة على انتقال الحق ويكون الطرف الذى يتلقى المعدل أو بدل الصلح – كما يسميه الشرعيون – خلفا للطرف الآخر. وهذا ما تقرره المادة ٥٥٤ بنصها على اقتصار الأثر الكاشف على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها . ومن الواضح أن الصلح فى الصورة المتقدمة يكون له أثر كاشف بالنسبة للحق موضوع النـــزاع وأثر ناقل بالنسبة للحق المتفق علي انتقاله كمعدل للصلح إذ لا تعارض بين الأمرين [١].

= موجـــودة فى حق الدين قبل وقوع الصلح " – فكان هذا النص يقرر نتيجة مـــن نتائج الأثر الكاشف للصلح. والأثر الكاشف للصلح كان معترفا به من الفقه والقضاءين الوطنى والمختلط كما كان الأثر الكاشف للصلح مسلما به فى فرنســـا دون نـــص وإن كان بعض الفقهاء قد استنتجه من المادة ٢٠٥٢ التى تشبه الصلح بالحكم .

(١) أكثم الخولى ص ٥٣ وما بعدها .

أمــا عن تعليل الأثر الكــاشف للصلح للحقوق المتنازع عليها ، فقد ذهبــت الــنظرية التقليدية إلى أن الأثر الكــاشف للصلح يعزى إلى أن الصــلح إنمــا يتضمن إقــرار كل من المتصالحين لصالح الآخر ، والإقرار يكشــف الحقوق ولا ينشئها ، فهو إخبار لا إنشاء ، ولذلك فهو يقتصر على الحقوق المتنازع فيها فقط .

وبهذا التعليل أخــذت مذكــرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى فقد جــاء بها :

"يلاحظ أن لأثر الصلح خاصيتين :

(أ) فهو كاشف للحق لا منشئ له .

(ب) وهو نسبى من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص .

أما أنه كاشف للحق لا منشئ له ، فمعنى ذلك أن الحق الذى اعترف بــه أحد المتصالحين للآخــر يعتبر ثابتا لا من وقت الصلح بل من وقت وجــود الســبب الذى أنشأ هذا الحق ، فإذا تنازع شخصان على أرض ومنــزل كان يملكهما مورث مشترك . فاصطلحا على أن يختص أحدهما بالأرض والآخر بالمنــزل ، اعتبر كل منهما مالكــا لما اختص به ، لا من وقــت الصلح بل من وقت موت المورث ، وأنه قد ملك لا بالصلح بل بالميراث. والسبب فى ذلك أن الصلح إنما يتضمن إقراركل من المتصالحين لصــالح الآخر ، والإقرار يكشف الحقوق لا ينشئها ، على أنه يلاحظ أن هــذا الأثر الكاشف مقصور على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها . ففى المثال المتقدم يقتصر الأثر الكاشف على الأرض والمنــزل ، فلو فرض أن

المنـــزل قيمته أكــبر من الأرض ، واقتضى الأمر أن يدفــع من اختص بالمـــنـــزل معـــدلا لمن اختص بالأرض ، فالصلح أثـــره منشئ بالنسبة للمعدل ، لأنه لم يدخل فى الحقوق المتنازع فيها ، إلخ " [١].

أما النظرية الحديثة فى تفسير الأثر الكاشف فتذهب إلى أن المتصالح فى الواقع من الأمـــر لا يقر لصاحبه ، ذلك أن التحليل السليم للصلح هو أنه تنازل عن حق الدعوى لا ينطوى على أى إقرار بحق الطرف الآخر ، بل هو قد يرد على حقوق لا يشك المتنازل لا فى ثبوتها له ولا فى أن القضاء سيقررها له إذا سارت الخصـــومة إلى نهايتها . فهذا الجـــزء من الحق قد بقى على وضعه الأول دون أن يتغير، وإنما الصلح قد حسم النـــزاع فيه فخلص لصاحبه .

ومـــن ثم يكـــون للصلح أثران ، فهو قاض على النـــزاع من حيث خلـــوص الحـــق، وهو كاشف عن الحق من حيث بقاء الحق على وضعه الأول[٢] .

٢٠٧ـ النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف للصلح :

يترتب على الأثر الكاشف للصـــلح عـــدة نتائج منها:

١- عـــدم تجديد الالتزامات التى يقررها الصلح:

لا يترتب على الصلح تجديد الالتزامات التى يقررها ، بل تحتفظ هذه الالتزامات بصفاتها ودفوعها وتأميناتها التى كانت لها قبل حصول الصلح ، مـــا لم يـــتفق المتصـــالحون على عكس ذلك . وهذه نتيجة طبيعية للأثر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٤ ص ٤٥٣ وما بعدها .

(٢) السنهورى ٥٨٤- محى الدين علم الدين ص ٧١.

الكاشف للصلح إذ أن الصلح يكشف عن الحقوق التى كانت قــائمة من قبل فمن المنطقى أن تظل هــذه الحقوق على حالتها الأولى .

وهـــذا مـــا قصـــده المشرع بالنص فى المادة ٦٥٩/٥٣٧ من التقنين القديـــم على أن : " التأمينات التى كانت على الحق الذى وقع فيه الصلح تبقى على حـــالها للوفاء بالصلح ، ولكن يجوز لمن عليه التأمينات أو لمن يتضـــرر من بقائها أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع التى كانت موجودة فى حق المدين قبل وقوع الصلح " .

غـــير أنـــه لم يرد بالتقنين الجديد مقابل لهاتين المادتين لاعتبارهما مجرد تطبيق للقواعد العامة " [1].

فالكفيل الشخصى أو العينى يستمر ضامنا لمبلغ الدين الأصلى إذا زيد بمقتضـــى الصلح الدين المضمون وإن نقص الدين بسبب الصلح فإنه يجوز للكفيل أن يتمسك بالنقصان [2].

ويترتب على عدم تجديد الحقوق السابقة أنه إذا كان الحق الذى حسم الصـــلح الـــنـــزاع بشأنه ثابتا فى محرر رسمى قبل الصلح فإنه يحتفظ بهذه الصفة ويكون لصاحبه أن ينفذ به دون حاجة إلى استصدار حكم .

على أن قاعدة عدم تجديد الحقوق السابقة ليست مطلقة ، إذ أنه ليس هـــناك ما يمنع من التجديد إذا توافرت شروطه واتفق الطرفان على ذلك. وعـــادة يلجأ الطرفان إلى التجديد إذا كانت الروابط القانونية بينهما من

---

(١) محمد على عرفه ص ٣١٩ وما بعدها ـ المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٨١ .

(٢) يس يحيى ٦٦٧ .

التعقيد والتداخل بحيث يفضلان تجديدها بإنشاء التزامات جديدة . ويمكن القول إذن أن طبيعة عقد الصلح لا تتعارض مع تجديد الالتزام [(١)].

٢- عدم اعتبار المتصالح خلفا للمتصالح الآخر فى الحق المتنازع فيه:

لا يعد المتصالح خلفا للمتصالح الآخر فى الحق المتنازع فيه ، ذلك أن المتصالح الذى خلص له الحق المتنازع فيه لا يعـــد متلقيا لهذا الحق من المتصالح الآخـــر ولا يكون خلفا له فى هذا الحق . ومن ثم فليس له أن يستعين بمستندات الطرف الآخر فى مواجهة الغير .

وعلى ذلك فإذا تصالح (أ) مع (ب) على أن تكون ملكية العقار لــ (ب) ثم تقدم (ج) مدعيا بملكية هذا العقار ضد (ب) فلا يستطيع (ب) أن يستفيد فى نزاعه مع (ج) مما عساه يكون لدى (أ) من مستندات تتعلق بملكية العقار . فلا يستطيع (ب) وهو يتمسك بالتقادم فى مواجهة (ج) أن يضم مدة حيازة (أ) إلى مدة حيازته ، وكذلك لايستطيع أن يستفيد بالمستندات التى لدى (أ) فى نزاعه مع (ج) لأنه ليس خلفا له [(٢)].

---

(١) أكثم الخولى ص ٥٧ وما بعدها .

(٢) الســـنهورى ص ٥٨٤ ومـــا بعدها - أكثم الخولى ص ٥٩ - وقد اعترض أنصـــار نظـــرية الأثر الناقل للصلح على هذه النتيجة إذ يرون أن هذه النتيجة مخالفـــة لقصـــد المتعاقدين ذلك أن المتصالح الذى يخلص له الحق المتنازع عليه إنما يقصد بالصلح إلى تقويته ورفع النـــزاع بشأنه ومن ثم يكون له أن يستفيد من المستندات التى لدى الطرف الآخر والمتعلقة بالحق موضوع الدعوى. ومن ناحـــية أخـــرى يرون أن تطبيق هذه النتيجة يؤدى إلى حلقة مفرغة ويقولون تدلـــيلا على ذلك أنه فى المثل السابق إذا فرضنا أن (ج) انتصر على (ب) فى دعوى الملكية فإن (أ) يستطيع أن يرفع ضد (ج) دعوى بملكية العقار وأن =

٣- عدم وجوب تسجيل الصلح فيما بين المتعاقدين :

إذا كان محل الصلح حقا عينيا عقاريا فلا محل لتسجيل الصلح فيما بين الطرفين نتيجة لانعدام انتقال الحق .

وإنما يلزم التسجيل للاحتجاج بالصلح على الغير . ذلك أن المادة (١٠) من قانون الشهر العقارى لاتوجب التسجيل فى التصرفات الكاشفة عن الحق كالصلح إلا للاحتجاج بـه قبل الغير. وبالترتيب على ذلك إذا

= ينتصر فيها بفضل المستندات التى يحوزها والتى لم يتمكن (ب) من الاستفادة منها وذلك دون أن يتمكن (ج) من الاحتجاج على (أ) بالصلح الذى تم بين (أ ، ب) والذى اعترف فيه (أ) بالملكية لـ(ب) تطبيقا للأثر النسبى للصلح . فإذا كسب (أ) دعوى الملكية ضد (ج) كان لـ (ب) أن يطالب (أ) بالعقار بناء على الصلح . ولكن (ج) يسترد العقار من (ب) استنادا إلى الحكم الذى سبق صدوره فى النزاع بينهما ولكن (أ) بدوره يسترد العقار من (ج) استنادا إلى الحكم الصادر لمصلحة (أ) فى النزاع بينهما ثم يعود (ب) ليأخذه بمقتضى الصلح وهكذا دواليك ولقد اعترض بعض الفقهاء على ذلك بأن هذا فرض مدرسى- وإن كان صحيحا- لم يتحقق عملا لأنه يدل بذاته على أن (أ) هو أقوى الأطراف الثلاثة وأنه المالك الحقيقى فلا يمكن أن يتصالح مع (ب) ويسلم لـه بالملكية . كما أن هذا الفرض ليس نتيجة لاستحالة تمسك (ب) بالمستندات التى لدى (أ) فقط وإنما ساهم فيه الأثر النسبى للصلح الذى أجاز لـ (أ) استرداد العقارمن (ج) الذى لم يستطع أن يحتج بالصلح فى مواجهته لأنه من الغير بالنسبة لعقد الصلح . وعلى ذلك يمكن القول بأن هذا الاعتراض ليس قاصرا على الصلح بل يمكن توجيهه إلى الأحكام القضائية إذ هى ذات أثر نسبى كالصلح . (أكثم الخولى ص ٥٩ وما بعدها).

كان المتصالح الذى كان صاحب العقار قد باع هذا العقار قبل الصلح أو بعده لم يجز لمن خلص له العقار بالصلح أن يحتج على المشترى إلا إذا سجل الصلح وأيهما – المشترى أو المتصالح الأول – سبق إلى التسجيل فضل على الآخر . إلا أنه إذا كان المشترى هو الذى سجل أولا، جاز للمتصالح الأول أن يتمسك ضد المشترى بملكيته للعقار الذى كان ينازعه فيها المتصالح الآخر، فقد يكون هو المالك الحقيقى للعقار ويكون المشترى قد اشترى العقار من غير مالك وهو المتصالح الآخر[1].

٤- انعدام الالتزام بالضمان :

لاينشئ الصلح على عاتق المتصالح التزاما بضمان الحق الذى تنازل عن الادعاء به ، إذا ما استحق المال موضوع النزاع. لأن الضمان لا يترتب إلا فى العقود الناقلة للملكية .

والواقع أن هذا الالتزام لا يعرض فى عقد الصلح أصلا ، لأنه يحسم النزاع بين طرفين يحتفظ كل منهما بما يدعيه لنفسه من حق بعد إسقاط ما تنازل عنه هو للآخر . فلا يمكن أن يطالب غريمه بضمان ما اعترف به له ، حتى لوكان هذا الاعتراف بمقابل إذ أن التزام هذا الأخير ينحصر فى تنازله عن ادعائه على المال موضوع النزاع معترفا له بما يدعيه عليه من حقوق [2].

غير أن المتصالح يضمن فى جميع الأحوال فعله الشخصى .

(١) السنهورى ص ٥٨٧ وهامش (٢) .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ٤٨ .

٥- عدم صلاحية الصلح سببا للتملك بالتقادم الخمسى :

لا يصلح الصلح سببا للتملك بالتقادم الخمسى . ذلك أن السبب الصحيح الذى يجيز التملك بالتقادم الخمسى تصرف ناقل للملكية وليس كاشفا . فإذا اصطلح شخصان على أن يختص أحدهما بقطعة أرض ، ووضع يده بحسن نية على هذه الأرض ، ثم تبين أن هذه الأرض مملوكة لشخص آخر ، فإن المتصالح واضع اليد لا يتملك الأرض بالتقادم الخمسى . ولكنه يجوز له تملكها بالتقادم الطويل وهو خمس عشرة سنة.

٦- عدم تخويل الصلح الحق فى الشفعة :

الصلح لا يخول الحق فى الشفعة إذا كان واقعا على ملكية عقار حتى لوكان فى مقابلة بدل صلح ، وكان هذا البدل مبلغا من النقود ، فإذا خلص العقار لأحد المتنازعين فيه بالصلح، فلا يجوز للجار أو الشريك فى الشيوع أن يطلب أخذ العقار بالشفعة فعقد الصلح ما جاء إلا مؤيدا للحالة السابقة ومحولا لوضع اليد المتنازع فيه إلى وضع يد غير متنازع فيه، فضلا عن أن المبلغ المدفوع لا يمثل قيمة العقار ، بل ما قد يكون للطرفين من حظ فى كسب أو خسارة فى دعوى الملكية (١).

غير أنه إذا أخفى الصلح بيعا، جاز الأخذ فيه بالشفعة ، ويقع على عاتق الشفيع إثبات ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءا من حقوقه على وجه التقابل قطعا للنزاع الحاصل بينهما فهذا عقد صلح طبقا لنص المادة

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٤٩ .

(٢) حلت محلها فى القانون الجديد المادة ٥٤٩ .

٥٣٢[1] من القانون المدنى . ولايصح اعتباره بيعا لكونه تضمن نقل ملكية أحـــد المتعاقدين إلى الآخر بثمن معين ، مادامت هذه الملكية لم تكن بعد مستقرة لتاركها بل كانت محل نزاع ، والمبلغ المسمى لم يكن مقابلا لنقل الملكـــية المتنـــازع عليها بل كـــان مقابلا لحسم النـــزاع ، مما تنعدم به مقومـــات البيع وتظهر مقومات الصلح . والصلح لاتجوز فيه الشفعة ولا الاســـترداد . ذلك بأن الصلح الواقع فى ملكية مقابل دفع مبلغ معين من النقود ليس ناقلا للملكية بل مقررا لها، والمبلغ المدفوع صلحا لا يمثل قيمة العقـــار وإنمـــا يمثل ما قد يكون للطرفين من حظ فى كسب أو خسارة دعوى الملكية . ثم إنه بطبيعته يقتضى ترك كل طرف شيئا من حقه ، ولا يجوز أن ينتفع الأجنبى بفائدة مقررة لمنفعة المتصالح ، كما أنه يستلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لا يمكن أن يحل فيها أجنبى عن العقد ، مثل طالب الشفعة أو الاسترداد . هذا فضلا عن أن نصوص القانون فى الشفعة والاسترداد صريحة فى أن كلا الحقين لا يردان إلا على حالة البيع " .

(طعن رقم ٧٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١١/٢٧)

٧- عـــدم اعتبار المتصالح على دين متنازع فيه فى ذمة الغير متلقيا للدين من المتصالح الآخر :

إذا وقع الصلح عن دين متنازع فيه فى ذمة الغير ، فخلص هذا الدين بالصلح لأحد المتصالحين ، لم يعتبر هذا المتصالح متلقيا للدين من المتصالح الآخر ، فلا تراعى هنا الإجراءات الواجبة فى حوالة الحق [2].

---

(١) السنهورى ص ٥٨٧ .

٢٠٨ـ الطعن فى الصلح بالدعوى البوليصية :

استقر القضاء الفرنسى والمصرى على جواز الطعن فى الصلح بالدعوى البوليصية من جانب دائن المتصالح [١].

ويرى جانب كبير من الفقه أن هذا الحكم لاينسجم مطلقا مع الأثر الكاشف للصلح ولا يتلاءم إلا مع القول بالطبيعة الناقلة لهذا العقد ، ذلك أنه لا يجوز الطعن بالدعوى البوليصية إلا فى التصرفات المفقرة والصلح كاشف للحقوق فلا يمكن أن يعتبر تصرفا مفقرا.

غير أنه من الصعب التسليم بأن الصلح تصرف مفقر فى كل الأحوال ، فقد يتضمن إثراء للمدين ، فضلا عن أن الدائن وهو صاحب المصلحة فى الطعن على الصلح يعد من الغير بالنسبة لعقد الصلح ويستطيع إذا أثبت أن الصلح الذى أبرمه مدينه قد سبب إعسارا له بأن زاد من التزاماته أو نقص من حقوقه أن يطعن فيه بالدعوى البوليصية إذا توافرت سائر شروطها فالحقيقة أن الأثر الكاشف للصلح ليس مانعا من الطعن فى الصلح بالدعوى البوليصية [٢].

٢٠٩ – الأثر الناقل للصلح بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع فيها:

الأثر الكاشف للصلح يقتصر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها . أما إذا تناول عقد الصلح حقا غير متنازع فيه قدم من مصالح إلى غريمه مقابل نزوله عما يدعيه أو بعضه ، كان له أثرا ناقلا بالنسبة إليه .

---

(١) نقض فرنسى فى ٢٢ يولية ١٩٠٢ – استئناف مختلط فى ١٧ مارس سنة ١٩٢١مشار إليهما فى مؤلف يس يحيى ص ٦٨٢ هامش (١) ـ أكثم الخولى ص ٦٢ وما بعدها .

(٢) يس يحيى ص ٦٨٢ – قرب أكثم الخولى ص ٦٣ وما بعدها.

وبعـــبارة وجيزة للصلح أثر كـــاشف بالنسبة للمصالح عنه وأثر ناقل بالنســـبة للمصالح عليه . فإذا تنازع شخصان على ملكية أرض ثم تصالحا عـــلى أن يختص أحـــدهما بها فى نظير أن يسلم الآخر منـــزلا ، فالصلح ناقل للملكية بالنسبة لهذا المنـــزل (١).

وإذا تصالح الطرفان على ملكية الأرض فتخلص إلى أحدهما فى نظير أن يلتزم بدفع مبلغ من النقود للآخر ، فالصلح ناقل لملكية النقود .

فالصـــلح يمتزج هنا بعقد ناقل للملكية ولا يؤثر امتزاج العمليتين على صحة تسمية هذا الاتفاق المركب بأنه صلح طالما أن الغاية منه هى حسم النـــزاع أو تلافى حصوله (٢).

ويترتب على كون الصلح له أثر ناقل فى المثالين السابقين عكس النتائج التى ذكرناها بالنسبة للأثر الكاشف .

وبالترتيب على ذلك وعلى سبيل المثال . يعد المتصالح خلفا للمتصالح الآخـــر ، ويلتزم من أعطى الحق غير المتنازع عليه بضمـــان الاستحقاق ويجـــب تســـجيل الصلح لنقل ملكية العقار سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير .

ويكون الصلح سببا صحيحا فى التقادم الخمسى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تكييف عقد الصلح واعتباره منشئا للحق أو مقررا له من حق المحكمة وحدهـــا دون تدخل الخصوم . وإذن فمتى كـــانت المحكمة قد حصلت مـــن عقد الصلح أن أساس تمليك الطاعنة الأطيان التى خصصت لها فى

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٤٩ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٢٢ .

عقد الصلح هو ادعاؤها الاستحقاق فى الوقف ، وأن المطعون عليهما قد تنازلتا عن إنكارهما استحقاقها وصالحتاها على مبلغ من المال مقابل حصة الطاعــنة فى عين من أعيان الوقف ، فإن هذا الصلح يكون كاشفا لحق الطاعنة فى تلك الأطيان المبنى على ادعائها الاستحقاق فى الوقف لا منشئا لذلــك الحــق . وتعد الطاعنة فى هذه الحالة مالكة لما خصص لها بعقد الصلح من وقت الاستحقاق المدعى به لوفاة من تلقى الاستحقاق عنه لا من تاريخ عقد الصلح " .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٢٨ق أحوال شخصية جلسة ١٩٦١/٤/٢٧)

موضوع رقم (٢١)

(الأثر النسبى للصلح)

٢١٠ـ المقصود بالأثر النسبى للصلح :

يشترك الصلح مع الحكم فى أن له أثر نسبى ، بمعنى أن تكون حجيته مقصورة على الأطراف التى وقع بينها ، والمحل الذى وقع عليه ، والسبب الذى وقع من أجله .

فيترتب – كما رأينا سلفا – على الصلح كالحكم – دفعا قطعيا يحتج به على من يحاول من الأطراف تجديد النزاع فيما تضمنه الصلح وهو الدفع بانتهاء النزاع بالصلح .

والأثر النسبى للصلح مصدره _ كأى عقد آخر – ما تنص عليه المادة ١٥٢مدنى من أنه : " لايرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا). أما حجية الحكم فمصدرها نص المادة ١٠١ من قانون الإثبات التى تجرى على أن : " الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولايجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا فى نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا .

وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها " .

ونعرض لعناصر نسبية عقد الصلح فيما يأتى :

٢١١- (أ) - اتحاد الأطراف :

يقتصـــر الأثـــر المنهى للصلح على أطراف الصلح ، وهذا ما يعبر عنه بأن الصلح نسبى من حيث الأشخاص ، فلا يستفيد منه غير أطرافه ، ولا يضارون منه [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١-" إنه وإن كانت المادة ٥٣٥ من القانون المدنى القديم تنص على أنه " لا يجـــوز الطعن فى الصلح إلا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع فى الشـــخص أو فى الشئ أو بسبب تزوير السندات التى على موجبها صار الصـــلح وتـــبين بعده تزويرها " إلا أن تطبيق هذه المادة مقصـــور على المتعاقدين أما الأجنبى على الصلح فإنه لا يحاج به " .

(نقض مدنى طعن رقم ٦٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٤/١٩)

---

(١) وكانـــت المادة ٧٤٥ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أنه :" لا يترتـــب على الصلح نفع أو ضرر لغير عاقديه ، حتى لو وقع على محل لايقبل التجزئة " .

وجـــاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " الأشخـــاص الذين يسرى فى حقهـــم الصلح هم المتصالحون أنفسهم . فلا يترتب على الصلح نفع أو ضرر لغـــير عاقديـــه حتى لو وقع على محل لايقبل التجزئة وهذا ما يعبر عنه التقنين الحـــالى (م ٦٦٠/٥٣٨) بعبارات غامضة فينص على أنه " لا يجوز الاحتجاج بالصلح على من له شركة فى القضية التى وقع فيها الصلح ولا يجوز أن يحتج هو به أيضا " . مثال ذلك أن يصطلح أحد الورثة مع الموصى له على الوصية، فلا يحـــتج الورثة الآخرون بهـــذا الصلح ولا يحتج به عليهم (مع ذلك يراعى النص الوارد عن الصلح مع أحد المدنيين المتضامنين م ٤١٨ من المشروع) " .

إلا أن هـــذا النص حـــذف فى لجنة المراجعة لأن حكمه يستخلص من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٤ ص ٤٥٣ هامش (١) .

٢- "إذا كان الطاعن قد دفع أمام محكمة الموضوع بعدم قبول الدعوى المدنية لسبق حصول صلح فيها مع أخ المجنى عليه ، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفع بقوله إن المدعية بالحق المدنى ـ وهىالوصية على أولادهـــا القصر- لم تكن طرفا فى هذا الصلح ، فإن ما انتهى إليه الحكم يكـــون صحيحا فى القانون . ذلك أن عقد الصلح -كغيره من العقود — قاصر على طرفيه ، وما دام أن العقد تم مع شقيق المجنى عليه ، وهو ليس بوارث ولا نائب عن الورثة ولا وصى على قصر أخيه ، فإن توقيعه على هذا العقد بصفته وصيا لا يضفى عليه هذه الصفة ، كما أن أثر العقد لا يتعدى إلى المدعية بالحق المدنى " .

(نقض جنائى طعن رقم ١١٦٩ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١٢)

وبالترتيب على ذلك :

(أ) — لايحتج بالصلح الذى يتناول كل التركة من ميراث على الورثة الذين لم يوافقوا عليه كما أنهم لا يتقيدون بشروطه [(١)].

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" إذا كـــان الثابت من الصورة الرسمية لصحيفة الاستئناف أن مقدميها نازعوا فى جـــواز توجـــيه إجراءات التنفيذ على التركة فى شخص بعض الورثة قائلين بوجـــوب اختصامهم جميعا كيما يتقدم كل منهم بما عسى أن يكون لديه من وجـــوه الدفاع ، وقرروا أن ما قال به الحكم مـــن أنه يكفى توجيه الخصومة لبعض الورثة ، إذ ينتصب الوارث خصما عن الباقين مادام الدين قد التزمت به الـــتركة ، لا محل لتطبيقه فى الدعوى حيث لم توجه إجراءات التنفيذ المطلوب إبطالها إلى بعض الورثة باعتبارهم نائبين عن الباقين بل وجهت إلى جميع الورثة فصـــح اختصام البعض دون البعض ، ثم تمسكوا — فى سبيل التدليل على قيام الـــتعارض بـــين مصـــالح الورثة الموجب لاختصامهم جميعا — بأن الإجراءات المطلوب إبطالها اتخذت بحكم مؤسس على صلح عقده غيرهم من الورثة ولم=

على أن العبرة فى معنى اتحاد الخصوم إنما هى بصفاتهم لا بأشخاصهم . فالصلح الحاصل مع خصم بصفته الشخصية ، لا تكون له حجية قبل هذا الخصم إذا جدد النزاع باعتباره ناظرا على وقف ، لأن صفة النظارة مغايرة للصفة الشخصية للخصم الماثل فى الصلح (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن العبرة فى اتحاد الخصوم فيما يتعلق بقوة الشئ المحكوم فيه إنما هى بالخصوم من حيث صفاتهم لا من حيث أشخاصهم . وإذن فالحكم الصادر فى وجه خصم بصفته الشخصية لا تكون له حجية قبل هذا الخصم باعتباره ناظرا على وقف ، فإن صفة النظارة للخصم قد تتعارض مع صفته الشخصية " .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٣/٧)

(ب)- لايحتج بالصلح الذى يتم بين أحد الورثة والموصى عليه على الوصية ، على الورثة الآخرين ، كما لايحتج به هؤلاء الورثة (٢).

= يشتركوا هم فيه ولا أقروه ، ومع ذلك لم تتحدث محكمة الاستئناف فى حكمها عن شئ من ذلك وأيدت الحكم الابتدائى لأسبابه، فإنها بذلك تكون قد أعجزت محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون ، ويتعين نقض حكمها لقصوره " .

(طعن رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٥/٢٠)

(١) محمد على عرفه ص ٣٢٧ .

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٤٥٣ الهامش.

(جـ)- إذا كان الموصى له شخصين بوصية واحدة ، وصالح الوارث أحدهما ، فإن هذا الصلح لايحتج به الموصى له الآخر ، ولايحتج به عليه.

(د)- لايحتج بالصلح الحاصل مع المجنى عليه فى حادثة على أرملته التى تتقدم بعد وفاته على إثر هذه الحادثة للمطالبة بتعويض الضرر الذى لحقها خاصة بوفاة عائلها ، هذا ولو تضمن الصلح تنازل المجنى عليه عن المطالبة بالتعويض حتى عن النتائج المستقبلة لهذه الحادثة[1] .

وفى هذا قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

" إن صلح المجنى عليه قبل وفاته مع ضاربيه لا يؤثر فى حقوق الورثة فى المطالبة بتعويض ما نالهم من الضرر بعد وفاة والدهم من جراء الاعتداء عليه لأن الأساس القانونى لطلب الورثة ذلك التعويض هو الضرر الذى لحقهم من عمل من اعتدى على والدهم وفقا للمادة ١٥١ من القانون المدنى وليس أساسه وراثتهم للحق الذى ثبت لوالدهم قبل وفاته . فإذا تنازل الوالد عما ثبت له قانونا من الحق فى تعويض الضرر والذى ناله ممن اعتدى عليه فإن هذا التنازل لا يؤثر فى حق الورثة المستمد مباشرة من القانون والذى لا يملك الوالد أن يتنازل عنه قبل وجوده إذ حقهم لا يولد إلا من تاريخ موته هو " .

(طعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/٥/٢٨)[2]

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٢٧ .

(٢) قارن نقض جنائى طعن رقم ٢١١ لسنة ق جلسة ١٩٤٤/٣/١٣ وقد جاء به: " إذا كانت الجريمة من الجرائم التى لا تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى-

٢١٢- الأشخاص الذى يتأثرون بالصلح ولو لم يكونوا طرفا فيه:

قاعدة عدم الاحتجاج بالصلح على من لم يكن طرفا فيه ، ليست إلا تطبيقا للقواعد العامة الواردة فى باب الالتزامات ، فهو يخضع لحكم هذه القواعد . ومن مقتضى ذلك أن يرتبط بالصلح سائر الأشخاص الذين لم يكونوا طرفا فيه بأنفسهم ، ولكنهم كانوا ممثلين فيه وفقا لقواعد النيابة أو قواعد الاستخلاف. ومن الأشخاص الذين يسرى عليهم الصلح وفقا لقواعد النيابة القصر والمحجور عليهم ، بالنسبة للصلح الذى يعقده الأوصياء أو القامة بإذن محكمة الأحوال الشخصية . وأعضاء الشركات التجارية بالنسبة للصلح الذى يعقده المدير المنتدب والمفلس بالنسبة للصلح الذى يعقده أمين التفليسة . والموكل بالنسبة للصلح الذى فوض فيه الوكيل وذلك وفقا للشروط المقررة قانونا . أما أولئك الذين يسرى عليهم الصلح وفقا لقواعد الاستخلاف فهم الورثة ومن فى حكمهم ، كالموصى إليهم بكل التركة أو بجزء منها ، فهؤلاء يرتبطون بالصلح فى نفس الحدود التى كان يتقيد بها سلفهم .

= عليه (جريمة ضرب) فلوالد المجنى عليه بعد وفاته أن يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذى لحق ابنه من جرائها . لأن من حقه بصفته وارثا أن يطالب بتعويض الضرر الأدبى والمادى الأدبى الذى سببته الجريمة لمورثه ، على اعتبار أن هذا الضرر يؤول فى النهاية إلى مال يورث عن المضرور. ومادام المجنى عليه قبل وفاته لم يتنازل صراحة عن حقه فى التعويض فلا محل لافتراض هذا التنازل واستنتاجه من أن وفاته حصلت قبل أن يرفع دعوى التعويض " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/٣/١٣)

ويسرى هذا الحكم على الدائنين العاديين أيضا لأنهم يتأثرون بكل تصرفات المدين السابقة على تنبيه نزع الملكية ، مع الاحتفاظ لهم بحقهم فى الطعن فى الصلح بدعوى عدم نفاذ التصرفات إذا توافرت شروطها .

أما الخلف الخاص كالمشترى والدائن المرتهن ومن فى حكمهما من أصحاب الحقوق العينية ، فإنهم لا يتأثرون بالصلح الحاصل مع البائع أو المدين الراهن ، إلا أن يكون من شأن الصلح ترتيب حقوق عينية على العقار المبيع أو المرهون ، وحفظت هذه الحقوق وفقا للقانون قبل مبادرتهم إلى التسجيل أو القيد [1].

وتطبق القاعدة العامة فى النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر إذ تنص المادة ٢٩٤ مدنى على أنه :

" إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هو ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه " .

فالصلح مع أحد المدنيين المتضامنين يجوز إذن أن يحتج به الدائنون المتضامنون الآخرون ، ولكن لايحتج به عليهم . وكالمدنيين المتضامنين الدائنون المتضامنون ، فالصلح مع أحد الدائنين المتضامنين يجوز أن يحتج به الدائنون المتضامنون الآخرون ، ولكن لايحتج به عليهم .

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٢٧ وما بعدها .

كذلك الصلح مع المدين الأصلى يجوز أن يحتج به الكفيل ، ولكن لايجوز أن يحتج به عليه .

أما الصلح مع أحد المدنيين فى دين غير قابل للانقسام ، فلا يحتج به الدائنون الآخرون ، ولايحتج به عليهم ، لانعدام النيابة التبادلية هنا سواء فيما يضر أو فيما يفيد[1] .

وإذا صالح الوارث الظاهر على الميراث، فإن صلحه يسرى فى حق الوارث الحقيقى ، شأن سائر تصرفات الوارث الظاهر .

٢١٣ـ (ب) اتحاد الموضوع :

رأينا أن المادة ٥٥٥ من التقنين المدنى تنص على أن : " يجب أن تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا ، وأيا كانت تلك العبارات فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التى كانت وحدها بصفة جلية محلا للنزاع الذى حسمه الصلح " — ومقتضى هذا النص أنه لا يمكن الاحتجاج بالصلح كدفع بعدم قبول منازعة جديدة يثيرها أحد المتصالحين إذا لم يكن موضوع هذه المنازعة هو نفس الموضوع الواقع فيها الصلح . فالصلح ينهى النزاع محددا بموضوعه فلا أثر له على نزاع يختلف موضوعه ولوكان قائما بين ذات الأطراف. فالصلح الحاصل بين دائنى شركة مفلسة والشركاء لا يشمل الديون التى استدانها أحد الشركاء بصفته الشخصية . ولا يقبل من هذا الأخير أن يحتج بمحضر الصلح الحاصل عن ديون الشركة المفلسة لاختلاف موضوع هذه الدعوى عن موضوع الصلح .

---

(١) السنهورى ص ٥٩٢ ـ أكثم الخولى ص ٤٨ .

وقـــد تعرضنا لهذه المسألة تفصيلا عند تناول تفسير الصلح فنحيل إليه (راجع بند ٢٠٣) .

(ج) — اتحاد السبب :

يقتصـــر الأثـــر المنهى للصلح على النـــزاع محددا بسببه . فـــإذا نشأ نـــزاع جديد بين طرفى الصلح متعلقا بذات موضوع الصلح ولكن سببه يخـــتلف عـــن سبب النـــزاع الأول فلا محل للاحتجاج بالصلح الحاسم للنـــزاع الأول .

وكانت المادة ٧٤٣ من المشروع التمهيدى تنص على أن : "من تصالح على جـــق له أو على حق تلقاه بناء على سبب معين ، ثم تلقى هذا الحق ذاته من شخص آخر أو بناء على سبب آخر ، لا يكون هذا الحق الذى كسبه من جديد مرتبطا بالصلح السابق " . إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة ، لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة [1].

وعلى ذلك إذا تصالح شخص على أرض ادعى أنـــه ورثها ثم اشتراها بعـــد ذلك فإن له أن يحتج بالشراء على مـــن تصالح معه على الميراث ، ولا يكون لهذا الأخير أن يحتج بالصلح السابق [2].

كذلك إذا صالح شخص وصيه السابق على حساب الوصاية و لم يطعن فى هـــذا الصـــلح ، أو صالحه على الحساب بعد انقضاء سنة من تاريخ تقديمه، فإنه يكون مقيدا بهذا الصلح ، فإذا كـــان له أخ لم يصالح الوصى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٤ ص ٤٤٩ هامش (١) وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٤ ص ٤٥٠ الهامش .

مثله ، ومات هذا الأخ فورثه هو ، فإنه لا يكون مقيدا بالصلح فيما يتعلق بحقــه فى الإرث مــن أخيه ، ويستطيع أن يعود إلى مناقشة الحساب مع الوصــى فى شأن هذا الحق . ذلك لأن السبب هنا قد اختلف ، فهو قد صــالح الوصــى قاصــرا الصلح على ما يخصه هو من حساب الوصاية، ولايســتطيع الوصـــى أن يحتج عليه بصلح تقدم فيــه بسبب حسابه الشخصى، وهو الآن بسبب آخر هو الميراث من أخيه [١].

---

(١) السنهورى ص ٥٩٤ .

(العقد الثالث)

(عقد الوكـــالة)

موضوع رقم (٢٢)

التنظيم التشريعى لعقد الوكالة — تعريف عقد الوكالة وخصائصه ـ تمييز عقد الوكالة عن غيره من العقود

٢١٤ـ التنظيم التشريعى لعقد الوكالة:

خصـــص التقنين المدنى الجديد لعقد الوكالة الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الثانى كأحد العقود الواردة على العمل (المواد من ٦٩٩ إلى ٧١٧) .

وقـــد أوضحت المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى الجديد تحت عنوان (نظرة عامة) التنظيم الذى وضعه المشروع لعقد الوكالة ، ونكتفى بإيراد نصوص هذه المذكرة الإيضاحية فيما يلى :

" فصـــل المشروع عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام . فوضع مـــبدأ النـــيابة وما يتصل بها من أحكام بين القواعد العامة للالتزامات . وجعل عقد الوكالة فى مكانه بين العقود المسماة التى ترد على العمل، إذ الوكالة محلها عمل الوكيل . وقد روعى ، بعد فصل الوكالة عن النيابة ، ألا تـــتكرر النصوص فى الموضوعين . فاختصت النيابة بالمبادئ العامة ، دون نظـــر إلى مصدر النيابة هل هو العقد أو القانون . وعرض المشروع فـــيها بنـــوع خاص إلى أثر النيابة فى العلاقـــة مع الغير الذى يتعاقد معه النائب. أما الوكالة ، فباعتبارها عقدا بين الوكيل والموكل ، فقد تركزت فـــيها أحكـــام النيابة مخصصة من ناحيتين ، من ناحية المصدر فهى نيابة

اتفاقية مصدرها العقد ، ومن ناحية الأثر فهى تقف بنوع خاص عند أثر النيابة فى علاقة الوكيل بالموكل أى النائب بالأصيل . أما العلاقة بالغير فقد وردت فى الوكالة أحكامها الخاصة بالنيابة الاتفاقية ، مع الإحالة على مبدأ النيابة بوجه عام فى الأحكام الأخرى .

وقد راعى المشروع أن يرتب نصوص عقد الوكالة ترتيبا منطقيا لا نجده فى التقنين الحالى . فعرض فى فصول ثلاثة لإنشاء عقد الوكالة ، وما يترتب عليه من أثر ، وكيف ينتهى . وفى إنشاء العقد فرق المشروع بين الوكالة الخاصة والوكالة العامة . وفى الآثارعرض لالتزامات كل من الوكيل والموكل ثم لأثر الوكالة بالنسبة للغير. وبين فى النهاية الأسباب التى تنتهى بها الوكالة ، فظهر منها أن الوكالة عقد غير لازم، فللموكل أن يعزل الوكيل ، وللوكيل أن يتنازل عن الوكالة .

وإذا قورنت نصوص المشروع بنصوص التقنين الحالى ، يتبين أن المشروع قد عالج عيوبا فى نصوص التقنين الحالى من وجوه ، واستكمل الناقص فى هذا التقنين من وجوه أخرى .

فقد عالج العيوب من وجوه أهمها ما يأتى ..... إلخ " [1].

٢١٥ — تعريف عقد الوكالة وخصائصه :

عرفت المادة ٦٩٩ من التقنين المدنى الجديد عقد الوكالة بقولها :

" الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل " [2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ١٨٤ وما بعدها .

(٢) **تعريف الوكالة شرعا :**

ويبين من هذا التعريف أن للوكالة عدة خصائص تخلص فيما يأتى :

١- الوكالة عقد من عقود التراضى، أى أنها تنعقد بالإيجاب والقبول. وقبول الوكيل قد يكون صريحا أو ضمنيا .

ويعتبر قبولا ضمنيا من الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة . كما يعتبر سكوت الوكيل قبولا إذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل فى مهنته ، كما هو الأمر فى المحامى والوكيل بالعمولة ، أو كان قد عرض خدماته علنا بشأنها [1] .

غير أن عقد الوكالة قد يكون شكليا – كما سنرى – إذا كان التصرف القانونى محل الوكالة هو تصرف شكلى .

٢- الوكالة من عقود التبرع – بحسب الأصل- وعلة ذلك أن الموكل يختار الوكيل عادة من بين أصدقاه أو ذوى قرباه . فالشخص لا يعهد إلى الغير بمصالحه جزافا وعن غير خبرة ، إنما يختار من بينهم من يكون

الوكالة شرعا هى إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة شرعا .

وتطلق الوكالة لغةعلى الحفظ ومنه قوله تعالى {وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ} وقوله : { لا إِلَهَ إِلا هُوَ فَاتَّخِذْهُ وَكِيلاً } وتطلق لغة أيضا ويراد بها الاعتماد وتفويض الأمركقوله تعالى : {وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُؤْمِنُونَ} وقوله: {إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُم }وقوله : { وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُه}.

والمعنى الثانى هو المتفق مع التعريف الفقهى للوكالة .
(راجع بدائع الصنائع الجزء السادس ص ١٩ وما بعدها – على الخفيف فى مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ١١٥).

(١) مذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ١٩١ .

محـــلا لثقـــته ، ولا يضع الإنسان ثقته عادة إلا فى الأشخاص المتصلين به والمقربين إليه [١].

وقد ورثت الوكالة هذا الطابع المجانى عن القانون الرومانى القديم الذى اتخذ فيه عمل الوكيل طابع الخدمة بين الأصدقاء والذى كان لا يقر مبدأ الأجر إلا بالنسبة للعمل المادى . ولكن التطور الاجتماعى والاقتصادى فى العصـــور الحديـــثة قد أضعف أهمية هذا الطابع الأصيل إذ ظهرت صور كـــثيرة مـــن الوكالة المأجورة بل زادت أهمية الوكالة المأجورة بكثير من أهمية الوكالة المجانية . ومع ذلك فمازال القانون ينظر إلى الوكالة على أنها فى الأصـــل دون مقـــابل ، إذ تنص المادة ١/٧٠٩ على أن : " الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صـــراحة أو يستخلص ضمنا من حـــالة الوكيل" [٢].

٣- الوكالـــة عقد ملزم للجانبين ، ويكون ذلك واضحا إذا اتفق على أجـــــر للوكيل ، إلا أنهـــا تكون كذلك أيضا ولو كانت تبرعا ، إذ أن الموكـــل يلـــتزم فى جميع الأحوال برد ما صرفه الوكيل فى تنفيذ الوكالة وبتعويضـــه عمـــا أصابه من الضرر ، وهذان التزامان ينشآن من عقد الوكالة نفسه ، وليس من الضرورى أن تنشأ الالتزامات المقابلة فى العقود الملـــزمة للجانبين متعاصرة وقت إبرام العقد . على أنه ليس من المحتم أن تكون الوكالة ملزمة للجانبين ، فقد تكون ملزمة لجانب الوكيل وحده ،

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٤٦ .

(٢) أكثم الخولى ص ١٩٨ .

ولا تنشـأ التزامات فى ذمة الموكل إذا كانت الوكالة بغير أجر و لم ينفق الوكيل مصروفات و لم يصبه ضرر يعوض عنه [١].

٤- أن محـل عقـد الوكالة الأصلى هو القيام بعمل قانونى لحساب الموكل ، إذ نصت المادة ٦٩٩ مدنى صراحة على أن الوكيل يلتزم " بأن يقـوم بعمـل قانونى لحساب الموكل " ، وهذا ما يميز عقد الوكالة عن غيرها من العقود الواردة على العمل وخاصة عقدى المقاولة والعمل . فلا وكالة إذا كان التصرف ينصب على القيام بعمل مادى لمصلحة الغير .

وذكرنا أن محل عقد الوكالة (الأصلى) هو عمل قانونى ، لأن الوكيل قـد يقوم بأعمال مادية تبعا للتصرف القانونى الذى وكل فيه ، كما إذا وكل فى قبض الدين ، فإنه يجب فى بعض الأحيان أن يسعى للمدين وأن يقوم ببعض الإجراءات المادية لقبض الدين .

وهـذا المعـنى لم يكن ظاهرا فى نص المادة (٥١٢/٦٢٥) من التقنين الملغى ، فكان يطلق فى عمل الوكيل فلا يقيده بالعمل القانونى[٢].

---

(١) السـنهورى الجـزء السابع المجلد الأول طبعة ١٩٨٩ ص ٤٦٥ وما بعدها- وعكـس ذلـك محمد علىعرفه ص ٣٤٧ فيرى أن عقد الوكالة ملزم لجانب واحـد، ولايفهـم أن يكون العقد تبادليا إلا إذا تولدت عنه مباشرة التزامات متبادلة ومتعاصرة فى ذمة كل من طرفيه . فإذا كان لا يتولد عن العقد مباشرة إلا الـتزام أحـد طرفيه فحسب ، فـإنه يكـون ملزما لجانب واحد بصرف الـنظر عن الالتزامات التى تنشأ بسببه فيما بعد- أيضا ذات الرأى أكثم الخولى ص ٩٩ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص١٨٥.

وكـــان ذلـــك الحال أيضا فى التقنين الفرنسى مما دفع بعض الأحكام الفرنسية إلى توسيع معنى الوكالة بحيث تشمل القيام بالأعمال المادية للغير كقيادة السيارات [١].

---

(١) ويلاحـــظ أن المـــادة ٣٤١ مـــن قانون العقوبات التى تجرم اختلاس أو تبديد الأشـــياء التى تسلم إلى الجانى : " بصفته وكيلا بأجرة أو مجانا بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره " ، لا ينصرف إلى حالـــة عقد الوكالة حسبما هو معرف فى المادة ١٩٩ مدنى بل يندرج تحت حكمهـــا أيضا حالة الشخص الذى يكلف بعمل مادى لمنفعة مالك الشئ أو غيره .

وفى هذا قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية– بأن :

١– "لمـــا كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه والمكمل بالحكم المطعون فيه بين واقعـــة الدعـــوى بما مفاده أن المتهم تسلم الأخشاب من المدعية بالحق المدنى بموجـــب عقـــد اتفـــاق مؤرخ فى الخامس من نوفمبر سنة ١٩٧١ لتصنيعها وتركيبها فى عمارتها إلا أنه لم يقم بتصنيعها كلها وامتنع عن رد ما تبقى منها ثم عرض الحكم لدفاع الطاعن فى شأن تكييف العقد ورد عليه بقوله " وحيث إنـــه لما كان لمحكمة الموضوع حق تفسير العقود على الوجه الذى تراه مفهوماً مـــنها فإن عقد الاتفاق المبرم بين المدعية والمتهم هو عقد من عقود الأمانة التى حصـــلتها المـــادة ٣٤١ ع" . لمـــا كان ذلك، وكانت المادة ٣٤١ من قانون العقوبـــات إذ نصت على تجريم اختلاس أو تبديد الأشياء التى تسلم على وجه الوديعـــة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن وذكرت فى نهاية عقـــود الأمانة حالة من ".... كانت " (الأشياء) سلمت له بصفة كونه وكيلاً بأجـــرة أو مجانـــاً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المـــالك لها أو لغيره ..." فإن مفاد هذه العبارة من النص أن حكم هذه المادة لا ينصرف إلى حالة عقد الوكالة – حسبما هو معرف فى المادة ٦٩٩ من القانون المـــدنى – الذى بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل

فحسب، بل يندرج تحت حكمها أيضا حالة الشخص الذى يكلف بعمل مادى لمنفعة مالك الشئ أو غيره . يؤكد ذلك أنه فى النص الفرنسى للمادة ٣٤١ وضعت كلمة (عامل) بعد كلمة (وكيل) بما يقطع أن حكمها يشمل الأشخاص الذين يكلفون بعمل قانونى أو بعمل مادى لمنفعة المالك أو غيره ومن ثم فإن اختلاس أو تبديد العامل للأشياء المسلمة إليه لتصنيعها أو إصلاحها لمنفعة مالكها أو غيره يكون مؤثماً فى حكم المادة ٣٤١ من قانون العقوبات . لما كان ذلك، وكان الطاعن لا ينازع فى أنه قد تسلم الأخشاب من المدعية بالحق المدنى لتصنيعها لحسابها مقابل أجر ، فإن امتناعه عن رد ماتبقى منها يكون مؤثماً وفق نص المادة ٣٤١ سالفة الذكر . ولا مصلحة للطاعن من تعييب الحكم فيما أخطأ فيه — فى موضع منه — من تكييفه عقد الاتفاق المبرم بين الطاعن والمدعية بالحق المدنى بأنه عقد وديعة طالما أن الوصف القانونى الصحيح للواقعة حسبما تقدم — تنطبق عليه المادة ٣٤١ من قانون العقوبات التى عامل الحكم الطاعن بها و أوقع عليه العقوبة المنصوص عليها فيها ، ومن ثم فإن ما ينعيه الطاعن على الحكم فى هذا الصدد يكون غير منتج " .

(طعن رقم ١٢٩٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١)

٢- " حيث أن المادة ٣٤١ من قانون العقوبات إذ نصت على تجريم أختلاس أو تبديد الأشياء التى تسلم على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن وذكرت فى نهاية عقود الأمانة حالة من " .... كانت "الأشياء" سلمت له بصفته وكيلا بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره ...." فإن مفاد هذه العبارة من النص أن حكم هذه المادة لا ينصرف إلى حالة عقد الوكالة حسبما هو معرف فى المادة ٦٩٩ من القانون المدنى- الذى بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل فحسب، بل يندرج تحت حكمها أيضا حالة الشخص الذى يكلف بعمل مادى لمنفعة مالك الشئ أو غيره ، يؤكد ذلك أنه فى النص الفرنسى للمادة ٣٤١ وضعت كلمة "عامل" بعد كلمة وكيل بما يقطع أن حكمها يشمل الأشخاص الذين يكلفون بعمل قانونى أو بعمل مادى لمنفعة المالك أو غيره ، ومن ثم فإن اختلاس أو تبديد العامل للأشياء المسلمة إليه لتصنيعها أو إصلاحها لمنفعة مالكها أو غيره يكون مؤثماً فى حكم المادة

والواقـــع أن التفرقة بين العمل القانونى والعمل المادى تدق لأن القيام بأغلـــب الأعمـــال المادية يستلزم إبرام العقود . فإذا كان الشراء والبيع والصـــلح أعمالا قـــانونية بلاشـــك وكـــانت قيادة السيارات أوجنى المحصول أو صنع الثياب أعمالا مادية بلا شك فإن الأمر قد لا يعرض بهذا الوضوح.

.إذا عهد شخص إلى آخر ببناء منـــزل، فهل يعتبر بناء المنـــزل عملا ماديـــا أم عملا قانونيا هو إبرام العقود اللازمة للقيام بهذا العمل المادى ؟ والإجابـــة أنه إذا كان المعهود إليه ببناء المنـــزل مقاولا محترفا لا يكون العقـــد وكالة لأن رب العمل لا يخول المقاول سلطة القيام بأى تصرف قـــانونى لحسابه والمقاول إذا تعاقد مع الغير كوسيلة لقيامه ببناء المنـــزل فهـــو يتعاقد لحسابه الخاص . أما إذا كان رب العمل قد كلف شخصا ليس مقاولا بالإشراف على بناء المنـــزل لحسابه فإن ذلك يفهم على أن هـــذا الشخص يكون وكيلا عنه سواء فى التعاقد مع مقاول أو فى شراء المـــواد اللازمة للبناء والتعاقد مع مهندس واستئجار العمال اللازمين إذا رأى عـــدم اللجوء إلى مقاول . أما إذا كان المكلف بالبناء سيقوم بنفسه

---

٣٤١ من قانون العقوبات ، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بتبرئة المطعون ضده من تهمة تبديد الأخشاب التى سلمت إليه لتصـــنيعها لمنفعة مالكها- الطاعن- ورفض الدعوى المدنية قبله استنادا إلى أن العقـــد الذى تسلم بموجبه تلك الأخشاب لا يعد من عقود الأمانة الواردة فى المـــادة ٣٤١ من قانون العقوبات فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، خطأ حجـــبه عـــن بحث موضوع الدعوى وتقدير أدلتها مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه — فيما قضى به فى الدعوى المدنية — والإحالة ".

(طعن رقم ٦٨١ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٠/١٠/٥)

ببناء منزل صغير مثلا فلا شك فى انعدام الوكالة . فالعبرة فى وصف العمل بأنه مادى أو قانونى هى فى الواقع بإرادة الطرفين [١].

٥- أن محل عقد الوكالة الأصلى هو القيام بعمل قانونى **لحساب الموكل** وقد نصت المادة ٦٩٩ مدنى صراحة على ذلك بقولها : " الوكالة .... بأن يقوم بعمل قانونى **لحساب الموكل** " .

فمن أهم مميزات الوكالة والذى يفرق بينها وبين كثير من العقود الأخرى التى تشبهها ، أن الوكيل ينوب عن الموكل ، فهو يعمل ويتكلم باسمه ، بحيث أنه عند تمام العقد تكون الحال كما لوكان الموكل تعامل بنفسه ، فيصير الموكل دائنا أو مدينا بناء على عمل الوكيل ، الذى لا يلتزم شخصيا قبل من تعامل معهم من الغير ، ولا يلتزمون هم أيضا قبله ، بل إن العمل الذى يعمله يلتزم به الموكل [٢].

وليس معنى ذلك أن العمل القانونى يقوم به الوكيل حتما باسم الموكل وإن كان هذا هو الغالب بل يصح أن يقوم به باسمه الشخصى كما يقع فى الاسم المستعار وفى الوكالة بالعمولة . ولكن يجب دائما أن يعمل الوكيل لحساب الموكل لا لحسابه الشخصى . فيقدم عند انتهاء الوكالة حسابا للموكل عما قام به من الأعمال لتنفيذ الوكالة فالوكالة تكون تارة مقترنة بالنيابة وتكون الوكالة نيابية عندما يعمل الوكيل باسمه الشخصى ،

---

(١) أكثم الخولى ص ١٩٢ وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٦٢ .

وســـواء عمـــل الوكـــيل باسم الموكل فى الوكالة النيابية أو عمل باسمه الشخصى فى الوكالة غير النيابية فهو فى الحالتين يعمل لحساب الموكل[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويجـــب أن يعمل الوكيل دائما لحساب الموكل . والأصل أنه يعمل أيضـــا باسم الموكل ، إلا إذا أبيح له أن يعمل باسمه الشخصى فيكون فى هذه الحالة " اسما مستعارا" وهو فى الحالتين وكيل " [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الفضـــالة — عـــلى ما تقضى به المادة ١٨٨ من القانون المدنى — تقتضـــى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخـــر دون أن يكون ملزما بذلك ، وإذ كانت الشركة حين عهدت للطـــاعن بإقامـــة المبانى على الأرض إنما كانت تعمل لحساب نفسها لا لحساب المطعون ضدها الأولى (الشريكة الموصية فيهـــا) فـــإن أحكام الفضـــالة تكـــون غير منطبقة ، كما ينتفى قيام الوكالة المدعى بهـــا لأن الوكالة لا تكون إلا حيث يقوم الوكيل بعمل قانونى لحساب الموكل " .

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

وكانت المادة ٦٢٥/٥١٢ من التقنين الملغى تشترط أن يعمل الوكيل (باسم الموكل) .

---

(١) السنهورى ص ٤٦٦ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٥ ص١٩١ .

٦- تتميز الوكالة بتغليب الاعتبار الشخصى، فالموكل أدخل فى اعتباره شخصية الوكيل ، وكذلك الوكيل أدخل فى اعتباره شخصية الموكل .

ويترتب على هذه الخاصية أن الوكالة تنتهى بموت الوكيل كما تنتهى بموت الموكل .

٧- الوكالة عقد غير لازم . بمعنى أنه يمكن إنهاؤه بإرادة أحد الطرفين فقط . ففى وسع الموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء ، فينهى بذلك ما بينهما من روابط قانونية . كما يستطيع الوكيل أن يتنحى عن الوكالة متى تراءى ذلك كما سنرى [١].

وتستقل محكمة الموضوع بالتعرف على ما عناه المتعاقدان من المحرر إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانونى لما قصداه وإنزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه ولئن كان التعرف على ما عناه المتعاقدان من المحرر موضوع الدعوى هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانونى لما قصداه وإنزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ... لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى أن الطاعنة

(١) محمد على عرفه ص ٣٤٧ .

باعـــت إحـــدى وحدات العقار المملوك لها إلى المطعون عليها واتفقا فى العقد على التزام الأخيرة بسداد نصيبها فى مصروفاته إلى البائعة موزعا على أقساط شهرية على أن يتم تسوية الحساب بينهما فى نهاية العام من واقع المصـــروفات الفعلية ، مما مؤداه — وعلى ما أفصحت عنه إرادة المتعاقدين ومقصـــودهما — إنابة المشترية للطاعنة فى الوفـــاء بنصيبها فى المصروفات الـــتى تســـتلزمها إدارة العقار باعتبارهما مالكين على الشيوع كل بقدر نصـــيبها فيها على أن توفيه لها موزعا على أقساط شهرية حتى يتم تسوية الحســـاب بينهما من واقع المصروفات الفعلية التى أدتهـــا الطاعنة ، وكان الحكـــم المطعـــون فـــيه لم يلـــتزم هـــذا التكييف الصحيح للعلاقة بين المتخاصـــمين، ولم يعتد بإنابة المطعون عليها للطاعنة فى الوفاء بنصيبها فى مصـــروفات العقار ، ورتب على ذلك اعتبار التزام المطعون عليها بأداء نصيبها فى هذه المصروفات للطاعنة بمثابة حق دورى متجدد يسرى عليه الـــتقادم الخمســـى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٥ من القانون المدنى فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه فى هذا الخصوص ".

(طعن رقم ١٠١٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٤)

٢١٦ـ تمييز عقد الوكالة عما يشتبه به من عقود :

١- الوكالة والبيع :

يتشابه البيع بالوكالة فى حالة الشراء باسم مستعار ، والمشترى فى هذه الحالـــة يشترى باسمه ما وكل فى شرائـــه وتنتقل ملكية الشئ إليه ثم ينقل الملكـــية بعـــد ذلك بعقد جديد إلى من وكله فى الشراء، والشراء باسم

مســـتعار هو صورة من صور الوكالة ، لأن من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عمن أعاره ، وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفســـه بشئ وكل فيه ويجب أن يحصل عليه لحساب موكله ، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة [١].

وتختلط الوكالة بالبيع فى حالة الشراء مع الاحتفاظ بحق اختيار الغير ، ويحـــدث ذلك فى حالة انعقادبيع بين البائع والمشترى ويتضمن عقد البيع صـــراحة أن المشترى يحتفظ بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع الـــبائع عـــلى مدة يعلن المشترى خلالها اسم من اشترى له الصفقة، فإذا أفصح المشترى الظاهر عن المشترى المستتر فى الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشترى المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جـــديد له من المشترى الظاهـــر والبيع مع حـــق التقرير بالشـــراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص فى التقنين المدنى إلا أنه من الجائز التعامل به[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن تكييف العلاقة القانونية بين المشترى الذى يحتفظ بحق اختيار الغـــير وبـــين المشترى المستتر بأنه وكالة تجرى أحكامها على الآثار التى

---

(١) الأســـتاذ محمـــد كمال عبد العزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه الجزء الـــثانى المجلـــد الأول ص ٩٢ وما بعدها - المستشار سيد خلف عقد البيع فى ضوء الفقه وأحكام النقض الطبعة الثانية ٢٠٠٠ ص ١٢٥ .

(٢) المستشار سيد خلف ص ١٢٠ .

تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير غير جار على إطلاقه ، فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تنافرا ، فإسناد ملكية المشترى المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشترى الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين فى ملكية المشترى الظاهر إذ لم يعمل حقه فى الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماما ، ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبا فى تبرير إسناد ملكية المشترى المستتر إلى عقد البيع الأول – وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير إلى افتراض وكالة المشترى الظاهر عن الغير إلا أن ذلك ليس إلا مجازا مقصورا على حالة ما إذا أعمل المشترى حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع ، أما قبل ذلك أو إذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة " .

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٥٠/٣/٩) [1]

٢- إذا كان محصل دفاع الطاعنة أن " والدها إنما كان يشترى لحساب والدتها وهو ما أفصح عنه بموجب الإقرار اللاحق ، ولذلك فقد انصرفت آثار العقد من البائعة إلى والدتها مباشرة . فإن التكييف القانونى لهذا الدفاع هو أن العقد لم يكن بيعا نهائيا لوالدها ، بل يخوله حق اختيار الغير ، ولما كان يشترط لإعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط

---

(١) منشور بمؤلف المستشار سيد خلف ص ١٢٧ وما بعدها .

اختيار الغير فى العقد ، حتى إذا أفصح المشترى الظاهر عن المشترى المستتر فى الميعاد المتفق عليه ، اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشترى المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثار العقد دون حاجة إلى بيع جديد له من المشترى الظاهر . وإذ كان الثابت فى الدعوى أن عقد البيع قد خلا من هذا الشرط فإن والد الطاعنة يكون هو المشترى الحقيقى " .

(طعن رقم ٢٣٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/٢٨)

٣- " البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص فى التقنين المدنى إلا أنه من الجائز التعامل به ، ويجب لإعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير فى العقد بأن يحتفظ المشترى عند إبرام العقد . بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشترى خلالها اسم من اشترى له الصفقة ، فإذا أفصح المشترى الظاهر عن المشترى المستتر فى الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشترى المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشترى الظاهر " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٤/١٥)

وهناك أيضا بعض أوجه الشبه بين البيع والوكالة تجد حلها فى كثير منها فى الرجوع إلى العرف والاستناد إلى قرائن واقعية تستمد غالبا من حرفة القائم بالتصرف .

فعقود الشراء أو البيع التى يجريها الوكيل بالعمولة يفترض أنها لحساب الغير لا لحساب الوكيل بالعمولة . وبالعكس يفترض أن التصرف بيع لا وكالة إذا كان الشخص الذى يظهر كوكيل ببيع الأشياء التى يتسلمها الطرف الآخر يلتزم بدفع مبلغ محدد سلفا إلى الموكل مهما كان الثمن الذى سيبيع به .

والعقد الذى بمقتضاه يتسلم تاجر من آخــــر بضاعة لعرضها للبيع مشترطا رد ما يتخلف عن البيع ودفع ثمن ما بيع منها يعتبر من قبيل الوكالة ، ولو وصفه المتعاقدان بأنه بيع معلق على شرط فاسخ ذلك لأن مهمة التاجر الأول قاصرة على مجرد الوساطة كما يتضح من شروط العقد فليست الغاية من مثل هذا الاتفاق نقل ملكية البضائع إليه بل مجرد تكليفه بالبيع لحساب التاجر الثانى[1] .

وكــــذلك يعتبر البنك الذى يتلقى الأسهم والسندات من شركة لبيعها لعملائه وكيلا إلا إذ ثبت العكس من عبارات العقد أو من ظروف خاصة [2].

٢- الوكالة والشركة :

يثور الشك فى بعض التصرفات بأنها وكالة أو شركة ، ومثال ذلك ما يأتى :

١- أن يشترى شخص سلعة ويودعها عند آخر ، ويتفقان على أنه عند بيعها يقسم الربح فيما بينها ، فهذا العقد لا يعتبر شركة ، بل هو اتفاق على وكالة بالعمولة لأن من أهم خصائص الشركات أن يتوفر فيها

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٣٨.

(٢) أكثم الخولى ص ١٩٠ .

قصد المشاركة فى الربح والخسارة من أعمال متكررة لا عمل واحد أو عدة أعمال تأتى بها المصادفات والظروف [١].

٢- شراء شخصين لسيارة أودعاها عند ثالث ، على أن يقسم الربح العائد من بيعها عليهم جميعا وعلى أن يتحمل الثالث الخسارة وحده إذا وقعت . فإن العقد يعتبر وكالة .

٣- أن يعهد شخص بإدارة بعض أمواله إلى شخص آخر نظير حصول هذا الأخير على جزء من ثمار هذا المال .

والمناط فى تكييف هذا العقد ، هو البحث عن قيام نية الاشتراك بما تفترضه من مساواة بين الشركاء فى المساهمة فى الإدارة وإبداء الرأى ، وهو ما يتعارض مع خضوع الوكيل لتعليمات الموكل . وتطبيقا لذلك حكم بأن العقد يعتبر وكالة لا شركة إذا كان بنك قد التزام بالإشراف على إصلاح محلج مملوك لأحد عملائه على أن يستغله البنك – باسم مالكه وتحت مسئوليته- لمدة معينة يحصل منها على جزء معين من الأرباح وعلى أن يقدم العميل صاحب المحلج رهنا رسميا لوفاء دينه للبنك [٢].

٣- الوكالة والوديعة :

يغلب أن يقع فى يد الوكيل مال للموكل، كما إذا قبض دينا له أو قبض ثمن الشئ الموكل فى بيعه . كذلك قد يقع فى يد الوكيل أشياء

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٤٨ وما بعدها .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مايو ١٩٣٠ .

مملوكة للموكل كمستندات يحتاج إليها فى تنفيذ وكالته ، أو مجوهرات وكل فى بيعها ، أو كمبيالة وكل فى قبضها . ففى جميع هذه الأحوال لا تكون هناك وديعة مقترنة بالوكالة ، لأن ما فى يد الوكيل لم يتسلمه لحفظه كما هو الأمر فى الوديعة ، بل تسلمه لتنفيذ الوكالة ومع ذلك فقد تقترن الوديعة بالوكالة ، كما إذا أودع شخص مالا عند آخر لحفظه ووكله فى الوقت ذاته بأن يدفع هذا المال بعد مدة معينة لدائن له يستوفى منه حقه . والحراسة ليست إلا وديعة مقترنة بتوكيل الحارس فى إدارة المال الموضوع تحت الحراسة [١].

٤- الوكالة والإيجار :

تختلف الوكالة عن عقد الإيجار ، فإن محل عقد الوكالة عمل قانونى ، أما محل عقد الإيجار فيرد على منفعة الشئ المؤجر وليس على عمل الإنسان . والوكيل عادة يعمل باسم الموكل ويمثله ، أما المستأجر فى الإجارة فلا ينوب عن المؤجر بل يعمل لحسابه وتحت مسئوليته .

---

(١) السنهورى ص ٣٨٦ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مما يميز عقد الوكالة عن عقد الإيجار أن الوكيل يعمل لحساب الموكل ويمثله فى حين أن المستأجر لا يمثل المؤجر ولا يعمل لحسابه ".

(طعن رقم ١٩٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠)

غير أنه قد يقع لبس بين الوكالة والإيجار فيما إذا اتفق شخص مع آخرعلى أن يؤجرله جملة واحدة أعيانا يملكها الأول ، على أن يؤجرها المستأجر من باطنه واحدة واحدة ، ويتقاسم الأجرة مع المؤجر بنسبة معينة ، أو يأخذ لنفسه مبلغا يخصمه من الأجرة .

والمعيار فى تكييف هذا العقد وهل هو إيجار أم وكالة ، هو شرط استحقاق صاحب الأعيان مقابل المنفعة ، فإذا كان صاحب الأعيان يستحق من المتعاقد معه أجرة عنها فى جميع الأحوال، أى سواء أجرت للغير أم لا ، كنا بصدد إيجار ، أما إذا علق شرط استحقاق المقابل على التأجير للغير ، كنا بصدد وكالة . ومن القرائن التى تدل أيضا على أن العقد وكالة وليس إيجارا ، اشتراط موافقة صاحب الأعيان على قدر الأجرة التى يدفعها الغير ، إذ الأصل أن للمستأجر أن يؤجرالعين من الباطن بالأجرة التى يريدها [(١)].

---

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية الجزء الخامس (عقد الإيجار فى التقنين المدنى) ص ٣٧ وما بعدها – محمد كامل مرسى فى العقود المسماة – الجزء الخامس عقد الإيجار ١٣٧٢-١٩٥٣ ص ٢٦ – الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى عقد الإيجار الجزء الأول دار الكتاب العربى بمصر ص ٣٤ – وقارن السنهورى ص ٤٧٨ ومرقس فى عقد =

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن :

الاتفـــاق الموصـــوف بأنه عقد إيجار دون أجرة محددة ، والذى يخول المســـتأجر أن يؤجر من الباطن بشرط أن يوافق المؤجر على الأجرة التى يدفعهـــا المستأجرون من الباطن وبشرط أن يتقاسم هذه الأجرة كل من المؤجر والمستأجر الأصلى ، لا يكون إلا عقد وكالة عامة بالإدارة مستترة تحـــت اسم عقد إيجار وينتهى هذا العقد بموت المستأجر الأصلى الظاهر لأنـــه لم يقـــع علـــيه الاختيار للإدارة إلا نظرا لما توافر عليه من صفات الاجتهاد والكفاية الشخصية . (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٠٦) .

كمـــا قضت بأن الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على إيجار العقار دون أجـــرة محددة ، وبغرض الإيجار من الباطن مع تقاسم طرفى العقد للأجرة وبعد موافقة المالك على هذه الأجرة ، إنما هو فى الواقع عقد وكالة أكثر منه عقد إيجار ، وعلى ذلك يفسخ بموت الموكل (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٠٧) .

والعقد الذى بمقتضاه يمنح شخص آخر الانتفاع الوقتى بعقار على أن يخصم من إيراده مبلغا معينا سنويا لنفسه ويرد الباقى إلى المالك يعد عقد وكالة (ليون ١١ ديسمبر ١٨٦٨) .

= الإيجـــار الطـــبعة الرابعة ١٩٨٥ ص٣٥ وما بعدها إذ يذهبان إلى أن العقد وكالة مأجورة دون إعمال التفرقة المبينة بالمتن.

وعلى عكس ذلك اتفاق جريدة مع شركة على نشر إعلاناتهـــا مقابل مبلغ لمـــدة معينة اعتبر إجـــاره لا وكـــالة (السين ١٨٩٣/١٢/٣٠-لوا ١٨٩٤/٢/٨) [1]

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

إذا كان المستأجر الذى أبرم عقد الإيجار باسمه هو رب الأسرة وكان استئجاره السـكن ليقـيم فـيه مع أفراد أسرته قياما منه بواجبات أدبية تجاههم وهى واجـبات ذات طابع خاص وقابلة للتغير والتبديل، لايعنى اعتبار هؤلاء الأفراد مستأجرين أصليين مثله ، إذ لا توجد فى هذه الصورة نيابة حقيقية، فإن الأمر يختلف إذا أثبت قيام هذه النيابة بين المستأجر الذى أبرم عقد الإيجار باسمه وبين آخرين، حتى لوكانت النيابة مستترة على المؤجر وكانت لا تلزم هذا الأخير ، إذ أن الوكالـة المسـتترة ترتـب فى العلاقة بين الموكل والوكيل جميع الآثار القانونـية الـتى ترتبها الوكالة السافرة، ولا يكون الوضع فى هذه الحالة مجرد واجبات أدبية على عاتق الوكيل بل التزامات قانونية منشؤها عقد الوكالة . لما كـان ذلـك وكـان المؤجر غير مختصم فى الدعوى ، وكانت الورقة العرفية المؤرخـة .. والمنسـوب صدورها إلى.. الذى أبرم عقد الإيجار باسمه تتضمن إقراره بأن جميع منقولات شقة النـزاع ملك له ولأخويه .... "الطاعن الأول" حيث قاموا بتأثيثها بالتعاون سوياً منذ أكثر من عشر سنوات وإن عقد الإيجار كتب باسمه باعتباره الأخ الأكـبر، فإن ذلك يعنى أنه إنما كان نائباً عن أخويه المذكوريـن فى استئجار الشقة وأنهما يعتبران مستأجرين أصليين لها وإن هذا الإقـرار يرتب التزامات قانونية وليس مجرد واجب أدبى . و إذ كانت الورقة الـتى يتضـمنها هـذا الإقرار مذيلة بتوقيع منسوب إلى..... وكانت زوجته المطعون ضدها خلفاً عاماً له فإنها تكون حجة عليها بما دون فيها " .

(طعن رقم ٨١٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٢٠)

٥- الوكالة والعمل :

عرفـــت المـــادة ٦٧٤ مدنى عقد العمل بأنه هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " .

وواضح من تعريف المادة لعقد العمل أن هناك عنصرين أساسيين يجب توافرهما فى عقد العمل ، هما عنصر التبعية أى تبعية العامل لرب العمل ، وعنصـــر الأجـــر . ولما كان الأجـــر يدخل كـــعنصر فى بعض العقود الأخـــرى، فـــإن عنصر التبعية يكون هو فى الواقع ما يميز عقد العمل عن غيره من العقود الأخرى ومنها الوكالة .

والـــرأى الراجح فى الفقه والمستقر عليه قضاء ، أن معيار التمييز بين عقـــد العمل وعقد الوكالة هو توافر عنصر التبعية فإذا كان المتعاقد معه خاضعاً لإشراف ورقابة رب العمل كان العقد عقد عمل ، بصرف النظر عـــن طبـــيعة العمل قانونياً أو مادياً ، أما إذا كان العقد محله عمل قانونى مأجور وكان المكلف به يقوم بأدائه مستقلا دون الخضوع لرقابة وإشراف من يتم العمل لحسابه كان العقد وكالة [1].

---

(١) حسن كيره أصول قانون العمل الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٦٩ ص ٦٥ وما بعدهـــا — المستشـــار أحمد شوقى المليجى الوسيط فى التشريعات الاجتماعية الكتاب الأول فى قانون العمل طبعة مجلة القضاة ص ٦٩ — محمد على عمران الوســـيط فى شرح قانون العمل الجديد ١٩٨٣ /١٩٨٤ ص ١٨ وما بعدها- الدكتور عبد الودود يحيى شرح قانون العمل ص ١٣٩- الدكتور حلمى مراد قـــانون العمـــل والتأميـــنات الاجتماعية الطبعة الخامسة ١٩٦٥ ص ٢٤٢- المستشـــار أنـــور العمروسى قضـــاء العمال الطبعـــة الثانية ١٩٨١ / ١٩٨٢ ص ٣٢٥.

وقـــد ظهرت فى الفقه آراء أخرى- مرجوحة- للتمييز بين عقد العمل وعقد الوكالـــة ، ومن هذه الآراء ما قيل فى ظل القانون الرومانى من أن التفرقة تقوم عـــلى أســـاس أن الوكالة تبرعية بينما العمل مأجوراً ، وقد كان لهذا الرأى ما يـــبرره وقتئذ ، أما وقد أصبحت الوكالة فى العصر الحديث أيضا مأجورة فقد أضحى هذا المعيار غيز صالح للتفرقة بين العقدين .

وذهـــب رأى ثان إلى التفرقة بين عقد العمل وعقد الوكالة على أساس طبيعة العمل نفسه ، فإذا كان العمل تصرفاً قانونياً فإن العقد يكون عقد وكالة إذ أن الوكالـــة لا تتصور إلا بالنسبة للأعمال القانونية ، أما إذا كان العمل المطلوب عمـــلاً مادياً فإن العقد لا يكون عقد وكالة ولكنه يكون عقد عمل (الدكتور محمـــود جمال الدين زكى عقد العمل فى القانون المصرى الطبعة الثانية ١٩٨٢ ص٥٣٢ ومـــا بعدها) — إلا أن هذا المعيار غير دقيق ، إذ يغلب فى الواقع قيام بعـــض العمال بتصرفات قانونية لحساب رب العمل دون أن ينقلبوا إلى وكلاء لكونهم يقومون بتصرفات قانونية كالخادم الذى يقوم يومياً بشراء لوازم الأسرة، كما أن الوكالة وإن كانت لا تكون إلا فى الأعمال القانونية، فإن عقد العمل لا يشـــترط أبدا فيه أن يكون العمل الذى يكلف العامل به عملاً مادياً ، لأن محـــل عقد العمل يصح أن يكون عملاً قانونياً أو مادياً (محمد عمران الوسيط فى شرح أحكام قانون العمل الجديد ١٩٨٣/١٩٨٤ ص ٦٢- حسن كيره ص أصول قانون العمل الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٦٩ ص ١٤٨ وما بعدها) .

وذهـــب رأى ثالث إلى إقامة التفرقة بين عقد العمل وعقد الوكالة على أساس شـــكل الأجـــر ، تأسيسا على أن الأجر ثابت فى عقد العمل ومتقلب فى عقد الوكالة . وهذا المعيار غير منضبط فكثيراً ما يحصل العامل على أجره فى صورة نســـبة مـــئوية معينة فيكون أجره متغيراً ومتفاوتاً تبعاً للظروف ، والوكيل قد يحصل على أجر أو أتعاب محددة أو ثابتة (حسن كيره ص ١٤٧).

ويكفـــى لـــتوافر هذه التبعية ، توافرالتبعية التنظيمية أو الإدارية ، التى تتحقق بخضوع العامل لصاحب العمل فى شأن الظروف الخارجية التى يتم فـــيها تنفيذ العمل ، كتحديد أوقاته ومكانه ، وتقسيم العمل على العمال إذا تعددوا والتفتيش عليهم للتأكد من مراعاتهم للتعليمات الصادرة إليهم، وتوقيع الجزاء على المخالف منهم .

ولا يشـــترط توافـــر التبعية الفنية التى تتحقق لصاحب العمل بالدراية الفنية الخاصة بالعمل الذى يؤديه .

ولا يعـــترض عـــلى هذا بأن الوكالة تتضمن علاقة تبعية بين الوكيل والموكل لأنها تفترض خضـــوع الأول للأوامر والتوجيهات التى تصـــدر له من الثانى ، ذلك أن الوكيل رغم خضوعه لهذه الأوامر والتوجيهات ، يحتفظ بحريته واستقلاله فى قيامه بالمهمة الموكول إليه أداؤها . فالموكل لا يصدر إلا توجيهات عامة بخصوص هذه المهمة وهذا على خلاف ما هو مقرر فى عقد العمل إذ يخضع العامل لرقابة وإشراف صاحب العمل لا من حيث الإشراف العام فقط ، وإنما من حيث التنفيذ كتحديد طريقة العمل وزمانـــه ومكانـــه ، بل إن العامل يتعرض لجزاءات تأديبية توقع عليه من صاحب العمل إذا أخل بأداء العمل على الوجه المطلوب[1] .

وأظهر الصور التى يعتبر العقد فيها عقد عمل لا عقد وكـــالة — رغم تعلقه بتصرف قانونى — صورة محصلى الشـــركات وخاصة شركات المياه

---

(١) عـــبد الـــودود يحيى ص ١٣٩ — حسن كيره — راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون العمل الجديد — المجلد الأول ص ٨٠٤.

والغـــاز والكهـــرباء والـــنقل العام ، وصورة الباعة فى المنشآت والمحال الـــتجارية، فيعتبرون عمالاً لدى هذه الشركات والمنشآت لا وكلاء عنها رغـــم قيامهم بتصرفات قانونية لحسابها ، إذ أن تبعيتهم لها تبعية كاملة أو كبيرة مما يتنافى مع وصف الوكيل ومركزه (١).

وعنصـــر التبعـــية هذا يتخذ معياراً أيضا فى إعطاء التكييف القانونى بالنسبة إلى بعض الطوائف الخاصة من العمال ، ومثل ذلك طائفة الوسطاء وهم الذين يتدخلون لعقد بعض الصفقات لحساب صاحب العمل ، ولهذا نصـــت المادة ٦٧٦ مدنى بقولها " تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة بـــين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء ، ولوكانوا مأجورين بطريق العمالة أوكانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب الأعمال وخاضعين لرقابتهم " .

---

(١) حســـن كيره ص ١٥٠ وما بعدها – وقارن حلمى مراد ص ٢٤٢ ، محمود جمـــال الدين زكى ٥٢٩ فيريان أن هؤلاء لا يقومون بغير أعمال مادية ، وإن كانـــت فى ظاهر الوضع تصرفات قانونية إذ ليس لهم فى إبرام التصرف أو فى وفـــاء الالـــتزامات الناشئة عنه إلا مساهمة مادية . وإذا كان عملهم على هذا الـــنحو يلزم صاحب العمل فليس بمقتضى نظرية الوكالة بل لأن التصرف قد أبرم مع المحل التجارى الذى يعتبر العامل أحد عناصره .

وقـــد قضـــت محكمة النقض بشأن التفرقة بين عقد العمل وعقد الوكالة بما يأتي :

١- " المناط فى تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد الوكالة وغيره من العقـــود — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته ، وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ من التقنين المدنى بقولها " عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقـــابل أجريـــتعهد بـــه المتعاقد الآخر" ، وأنه يكفى لتحقق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية ... إلخ " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢)

٢- " المناط فى تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد الوكالة وغيره من العقـــود — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — هو توافر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ من القانون المدنى بقولها ... وما تقضى به المادة ٤٢ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ... وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعـــية ظهورها ولو فى صـــورتها التنظيمية أو الإدارية ... وكان الحكم المطعون فيه قضى بأن علاقة الطرفين هى علاقة وكالة وليس علاقة عمل واطرح مستندات الطاعن تأسيسا على عدم صدور قرار بتعيينه فى وظيفة ذات فئة مالية محددة ، وهو ما لا يكفى بذاته سندا لإسباغ صفة الوكيل على الطاعن ولايصلح لبيان سبب مخالفة الحكم الابتدائى فى قضائه وليس

من شأنه أن ينفى علاقة العمل التى يدعيها الطاعن ومن ثم فإنه يكون قد أخطـأ فى تطبـيق القـانون ومشوباً بالقصور والفساد فى الاستدلال بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٨٩٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٢/٢/٢١ – غير منشور)

كما قضت محكمة النقض بأن مدير شركة التوصية بالأسهم وكيل عنها وليس عاملا لديها .

إذ قضت بتاريخ ١٩٧٦/٦/١ فى الطعن رقم ٤٨ لسنة ٤٠ق بأن :

" أفرد القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الشركات ، الباب الأول منه لشركات المساهمة ويضم المواد من ١ إلى ٥٤ وأفرد الفصل الأول من الباب الثانى لشركات التوصية بالأسهم ويشمل المواد من ٥٥ إلى ٦٢ إذ اكتفى فى شـأنها بالإحالة فى أغلب الأحوال إلى الأحكام العامة لشركات المسـاهمة فنصت المادة ٥٥ منه على أنه " فيما عدا أحكام المواد ٢ وما بعدهـا من الفصل الأول من الباب الأول و١١ والفقرة الثانية من المادة ٢١و٢٧و٢٨و٣١و٣٣ والفقرة الثانية من المادة ٢٤ تسرى على شركات التوصية بالأسهم سائر أحكام هذا القانون مع مراعاة القواعد المنصوص عليها فى هذا الفصل " مما مقتضاه أن المشرع أجرى على شركات التوصية بالأسهم أحكام شركات المساهمة إلا ما استثنى بنص خاص وعلى سبيل الحصـر مما تقتضيه طبيعة شركات التوصية بالأسهم ، وعلى ذلك يخضع مديـر شركة التوصية بالأسهم لذات الأحكام الخاصة بعضو مجلس إدارة شـركة المساهمة عدا ما استثنى صراحة فى المادة ٥٥ السالف ذكرها ومن

ثم يسرى فى شأنه نص المادة ٢٩ من هذا القانون ، ولما كانت المادة ٢٩ من القانون المذكور معدلة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٥٨ تنص على أنه " لايجـوز لأحد بصفته الشخصية أو بصفته نائبا عن الغير أن يجمع بين عضـوية مجالس إدارة أكثر من شركتين من شركات المساهمة التى يسرى عليها هذا القانون ، وتبطل عضوية من يخالف هذا الحكم فى المجالس التى تزيد على النصاب المقرر وفقا لحداثة تعيينه فيها " وكان القرار الجمهورى بالقـانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٦١ المعمول به اعتبارا من ١٩٦١/٨/١٢ يـنص فى المـادة الثالثة منه على أنه " لايجوز لأحد بصفته الشخصية أو بصفته نائبا عن الغير أن يجمع بين عضوية مجلس إدارة أكثر من شـركة واحـدة من الشركات المساهمة " وفى المادة الرابعة على أنه "يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القرار بقانون" . فإن المادة الثالثة المذكورة تعتبر ناسـخة للمادة ٢٩ المشار إليها وتسرى طبقا لما تقدم على مدير شركة التوصية بالأسهم ، فلا يجوز أن يكون فى نفس الوقت عضوا بمجلس إدارة شـركة مساهمة وذلك حتى تتاح للعضو فرصة إحكام عمله فى الشركة ولإفسـاح مجـال العمل للأكفاء القادرين، لايغير من هذا النظر أنه ورد بعـنوان القرار بقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٦١ أنه خاص بتشكيل مجالس إدارة شركات المساهمة ، إذ لايجوز التحدى بعنوانات القوانين بل المعول علـيه هو نصوص القوانين ذاتها . ولما كانت المادة ٣/١١٠ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ تنص على أنه " تبطل عضوية من يخالف الأحكام المتقدم ذكرها فى المجالس التى تزيد على النصاب المقرر وفقا لحداثة تعيينه

فيها ويلزم بأن يؤدى ما يكون قد قبضه فى مقابل العضوية الباطلة لخزانة الدولة" وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقرر بأنه يجوز أن يجمع المطعـــون عليه بين مدير إدارة شركة التوصية بالأسهم وعضوية مجلس إدارة الشـــركة المساهمة وبعدم بطلان عضويته فى الشركة الأخيرة وقضى برفض الدعوى المرفوعة بإلزامه برد ما قبضه مقابل هذه العضوية الباطلة ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون" .

(ب) -" لما كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه - بجواز جمع المطعـــون علـــيه بين إدارة شركة التوصية بالأسهم وعضوية مجلس إدارة الشركة المساهمة - إلى أن الشركة المساهمة أذنت له بـــأن يقوم إلى جانب عمله بها بتصفية التزاماته لشركة التوصية بالأسهم ووافقت المؤسسة التى تتبعها الشركة الأولى على هذا القرار ، وذلك عملا بما نصت عليه المادة ٣٠ مـــن القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١١٤ لســـنة ١٩٥٨ من أنه لا يجوز لعضو مجلس إدارة شركة المساهمة أن يقوم بصفة دائمة بأى عمل فنى أو إدارى بأية صورة كانت فى شركة مساهمة أخرى إلا بترخيص من رئيس الجمهورية وقد أصبح هذا الترخيص طبقا لـــلمادة ٢٩ مـــن قـــانون المؤسسات العامة رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ من اختصـــاص مجلس إدارة المؤسسة بالنسبة للشركات المساهمة التى تشرف عليها ، كما استند الحكم إلى أن لائحة نظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة الصادرة بالقرار الجمهورى رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ تجـــيز لرئـــيس مجلس إدارة الشركة فى المادة ٥٢/ب أن يأذن للعامل أن

يــؤدى أعمـــالا بأجـــر أو بدون أجر فى غير أوقـــات العمل الرسمية ، وكان لا محل لاستناد الحكم إلى ما تقدم ، ذلك أن المادة ٥٦ من القانون رقـــم ٢٦ لســـنة ١٩٥٤ الســـالف ذكـــره إذ تنص على أن " يعهد بإدارةشـــركة التوصية بالأسهم إلىشريك متضامن أو أكثر ويعين عقد تأســـيس الشركة ونظامها أسماء من يعهد إليهم بالإدارة وسلطاتهم فيها " وكـــان مفاد هذا النص هو أن مدير شركة التوصية بالأسهم ليس أجنبيا عـــن الشركة إنما هو أحد الشركاء المتضامنين ويجب ذكـــر اسمه فى عقد تأســـيس الشركة ونظامها وأنه وكيل عنها وليس عاملا لديها ، ومن ثم فـــإن الترخيص والإذن سالفى الذكر إنـــما ينصرفان إلى التصريح بالقيام بأعمـــال فنية أو إدارية لدى شركة مساهمة أخرى أو بالعمل لدى رب عمل آخر لا إلى القيام بإدارة شركة توصية بالأسهم " .

كما قضت محكمة النقض بأن :

"لصـــاحب العمـــل أن يعهد إلى أحد عماله بإبرام تصرفات قانونية لحسابه إلى جانب ما يباشره من أعمال مادية أو فنية أخرى فيجمع بذلك بين صفته كأجير وصفته كوكيل متميزة كانت كل منهما عن الأخرى أو مخـــتلفة وهو ما يتعين استظهاره والتحقق منه لإمكان تكييف العلاقة القانونية بين الطرفين . وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه كيف العلاقة بـــين طرفى الخصومة على أنها وكالة لا عقد عمل استنادا إلى توكيلات عامـــة صـــرح فيها الموكل (صاحب العمل) للوكيل (العامل) بحضور المـــزايدات الرسمـــية وغـــير الرسمية والتزايد عنه فيها والشراء باسمه سواء بالنسبة للأطيان الزراعية أو العقارات أو المنقولات ودفع ثمنها وإدارة كافة

أملاكه من الأطيان والعقارات وإجراء كل ما يلزم لذلك وبيع المحصولات وقبض ثمنها وغير ذلك وشراء الأطيان والعقارات والمنقولات لحسابه ودفع ثمنها حسب ما يراه . ورتب على ذلك " استبعاد تكييف العلاقة بين الطرفين بأنها علاقة عمل" بينما هى تقريرات قاصرة ليس من شأنها أن تنفى علاقة العمل التى يدعيها الطاعن ويقيم عليها دعواه فإنه يكون قاصرا فى أسبابه متعينا نقضه" .

(طعن رقم ٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/٢/٢٤)

٦- الوكالة والمقاولة :

عرفت المادة ٦٤٦ مدنى عقد المقاولة بقولها : " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " .

ويجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله ، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا (م ٦٤٧ مدنى) .

وعلى ذلك فإن الوكالة والمقاولة يتفقان فى أن كلا منها عقد يرد على العمل ، وأن هذا العمل يؤديه كل من المقاول والوكيل لمصلحة الغير ، ولكنهما يختلفان فى أن العمل فى عقد الوكالة هو تصرف قانونى فى حين أنه فى عقد المقاولة عمل مادى .

والعـــبرة فى تكيـــيف العقد بأنه وكالة أو مقاولة بما تضمنه العقد من نصوص ، ويتولى قاضى الموضوع تكييف العقد ، ولمحكمة النقض مراقبة هذا التكيف .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) — " العـــبرة فى تكييف العقد ، والتعـــرف على حقيقة مرماه ، وتحديد حقوق الطرفين فيه هى بما حواه من نصوص ، ولمحكمة النقض أن تراقب تكييف محكمة الموضوع للعقد ".

(طعن رقم ١٤٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٩)

(ب)- " عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المقاولة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد بـــه المـــتعاقد الآخـــر . وإذا كان يبين مما تم الاتفاق عليه فى العقدين — موضـــوع الدعويين الأصلية والفرعية — أن الطرفين قد أفرغا فيهما جميع عناصـــر عقـــد المقاولة ، إذ وقع التراضى بينهما على الشئ المطلوب من المطعـــون علـــيه صنعه ، وهو إقامة المبنى والأجر الذى تعهد به الطاعنان بوصفهما رب عمل ، ولم يرد بأى منهما ما يدل على قيام المطعون عليه بالعمل تحت إشراف الطاعنين ، أو بوصفه تابعا لهما أو نائبا عنهما وكان ما تعهد المطعون عليه بالقيام به فى كلا العقدين لم يتجاوز العمل المادى. وهـــو محل المقاولة ، فى حين أن محل الوكالة هو دائما تصرف قانونى — على ما أفصحت عنه المادة ٦٩٩ من القانون المدنى — فإنه لا يصح اعتبار العقديـــن ســـالفى الذكر عقدى وكالة ، ولايغير من ذلك كون الطرفين

يملكان العقار على الشيوع ، إذ ليس من شأن هذه المشاركة أن تغير من صفة العقدين ، وأن تضفى على المطعون عليه صفة الوكيل مع صراحة نصوصهما فى أن نية الطرفين قد اتجهت إلى إبرام عقدى مقاولة . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وكيف العقدين بأنهما عقدا وكالة، وأقام قضاءه فى الدعويين الأصلية والفرعية على هذا الأساس ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ١٤٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٩)

ومن العقود التى تلتبس فيها الوكالة بالمقاولة ، العقود التى تبرم مع أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامى والمهندس المعمارى وقد حاول بعض الشراح أن يخرج هذه العقود باعتبارها واردة على عمل ذهنى ، من نطاق عقود العمل وإقحامها فى نطاق الوكالة ، بدعوى الترفع بهذه الأعمال عن أن تكون محلا للاستئجار ، وتنزيه القائمين بها من الهبوط إلى مستوى المحترفين للأعمال المادية . على أن هذا الرأى لم يجد رواجا فى الفقه ولا فى القضاء . فليس ثمة ما يدعو إلى اعتبار الوكالة أسمى من عقد العمل ، لاسيما بعد أن أصبح الأصل أن يشترط الوكيل أجرا عن وكالته فصار كمن يؤجر خدماته سواء بسواء . أضف إلى ذلك أن الوكالة تقتضى النيابة ولا مجال هنا للنيابة (١).

وفى الواقع أن عمل بعض أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمهندس المعمارى هو عمل مادى وإن تميز بأنه عمل ذهنى ، فتكون العقود المبرمة معهما مقاولة .

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٤٩ وما بعدها .

والعقـــد مـــع المحامى يخلط بين الوكالة والمقاولة وتغلب فيه الوكالة ، فيعد المحامى وكيلا [1].

غير أنه إذا كان عمل المحامى قاصرا على إعطاء المشورة القانونية فإنه يكون عقد مقاولة .

وأمين التفليسة يعتبر وكيلا عن المفلس وعن جماعة الدائنين .

---

(١) السنهورى ص ٤٧٣ ـ أكثم الخولى ص ١٩٦ – وقد جاء بمذكرة المشروع التمهـــيدى أن التعاقد مع الطبيب أو المهندس محل عمل مادى ولا يكون وكالة إذ جـــرت عـــلى أن : أما إذا كان العمل المعهود به قد تمحض عملا ماديا ، فالعقد لا يكون وكالة بل يكون عقد عمل . فالتعاقد مع طبيب لإجراء عملية جراحـــية أو مـــع مهـــندس لبـــناء منـــزل لا يعتبر توكيلا (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٥ ص ١٩١).

وجـــاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على المادة ٩٣٥ الخاصة بأصحاب المهن الحرة والتى حذفت أنه : " واقع أن مركز أصحاب المهن الحرة يخـــتلف عن غيرهم ، ولاتنطبق قواعد عقد العمل عليهم إلا مع شئ من المرونة حتى تنسجم مع ظروفهم الخاصة .

وقـــد راعت معظم التقنينات ذلك ، فأوردت بعض القواعد الخاصة بطوائف معيـــنة من ذوى المهن الحـــرة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ١١٣ وما بعدها) .

والـــنظر إلى هـــذه العقود كعقود عمل أصلا غير ملائم لأن عقد العمل يتميز بخضـــوع العـــامل لإشراف رب العمل وأن هذا ما يميز عقد العمل عن عقد المقاولة (أكثم الخولى ص ١٩٦ هامش ٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن وكيل الدائنين وإن اعتبر وكيلا عن جماعة الدائنين فى إدارة أموال التفليسة وتصفيتها ، فـإنه يعتبر وكـيلا أيضا عن المفلس ، يحق له رفع الدعـاوى للمطالبة بحقوقه والطعن على الأحكام الصادرة ضده قبل شهر الإفلاس وتلقى الطعون على الأحكام الصادرة لصالحه ، مما مفاده أن هذه الأحكام تكون حجة قبله " .

(طعنان رقما ٤١٣ ، ٤٣٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٥)

ويعتبر وكيلا لا مقاولا أيضا ، مصفى الشركة فى أثناء التصفية.

أما الخبراء والمحكمون فهم مقاولون وليس وكلاء .

وأمين النقل مقاول فى الأصل لا وكيل ، ولكن قد يعهد إليه بتصرفات قانونـية كالتأمين على البضاعة وإيداعها فى مخزن وقبض ثمنها ففى هذه التصرفات يعتبر وكيلا لا مقاولا (١).

(أركان الوكالة)

٢١٧ — تعداد :

الوكالة عقد كسائر العقود ، فيجب أن تتوافر فيها الأركان الواجب توافرها فى جميع العقود ، وهى الرضا والمحل والسبب .

ونعرض لهذه الأركان بالتفصيل فيما يأتى .

---

(١) السنهورى ص ٤٧٢ .

موضوع رقم (٢٣)

(الرضـاء فى عقد الوكالة)

٢١٨ـ توافق الإيجاب والقبول :

الوكالة عقد رضائى لا يختص بأحكام استثنائية من القواعد العامة فى التراضى .

فيجـب لانعقاد الوكالة توافق الإيجاب والقبول على عناصر الوكالة، فيتم التراضى بين الموكل والوكيل على ماهية العقد والتصرف القانونى أو التصـرفات القانونية التى يقوم بها الوكيل والأجر الذى يتقاضاه إن كان هـناك أجـر . ويكون كل ذلك خاضعا للقواعد العامة المقررة فى نظرية العقد [1].

والرضاء بالوكالة يجوز أن يكون ضمنيا – كما سنري- بل يصح ألا يصدر رضاء من الموكل أصلا ومع ذلك ينصرف إليه أثر التصرف الذى عقـده الوكيل كما فى حالة الوكالة الظاهرة وفى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" التوكيل عقد لا يتم إلا بقبول الوكيل ، فإذا لم يثبت هذا القبول من إجراء العمل الموكل فيه أو من أى دليل آخر مقبول قانونا انتفت الوكالة ولم يـبق إلا مجـرد إيجاب بها من الموكل و لم تقترن بقبول من الوكيل ، وإذن فمـتى كـان المطعون عليهم قد دفعوا بعدم قبول استئناف الطاعن شـكلا لرفعه بعد الميعاد القانونى ، وكان الطاعن قد تمسك بأن الشخص

---

(١) السنهورى ص ٤٩٠ وما بعدها .

الـــذى وجـــه إليه إعلان الحكم المستأنف ليس وكيلا عنه لأن الوكالة لم تنعقد إطـــلاقا لانعدام قبول الوكيل ، وبأن مجرد صدور التوكيل منه لا يثبـــت قيام الوكالة إذا كانت لم تقبل من الوكيل ولم يصدر منه أى عمل يفـــيد هذا القبول ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول الاســـتئناف شكلا على اعتبار الوكالة قائمة لمجرد صدور التوكيل الرسمي من جانب الطاعن دون أن يحفل بتحقيق دفاعه ، فإن هذا الحكم يكون معيبا بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب مما يبطله ويستوجب نقضه".

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٦/٢٤)

٢- " الأصـــل هـــو قـــيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن إرادته فى إبرام التصـــرف إلا أنـــه يجوز أن يتم بطريقة النيابة بأن يقوم شخص نيابة عن الأصيل بإبرام التصرف باسم هذا الأخير ولحسابه بحيث تنصرف آثاره إليه وفى غـــير الأحوال التى نص فيها القانون على قيام هذه النيابة فإنهـــا تقوم أساســـا باتفـــاق إرادة طرفيها على أن يحل أحدهما- وهو النائب — محل الآخـــر — وهـــو الأصيل فى إجراء العمل القانونى الذى يتم لحسابه — وتقتضى — تلك النيابة الاتفاقية ممثلة فى عقد الوكالة تلاقى إرادة طرفيها — الأصـــيل والنائـــب — على عناصر الوكالة وحدودها ، وهو ما يجوز التعبير عنه صراحة أو ضمنا بما من شأنه أن يصبح الوكيل فيما يجريه من عمل مع الغير نائبا عن الموكل وتنصرف آثاره إليه . وتخضع العلاقة — بين الموكل والوكيل فى هذا الصدد من حيث مداها وآثارها لأحكام الاتفاق المبرم بينهما وهو عقد الوكالة " .

(طعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩)

ويصح أن تكون الوكالة معلقة على شرط واقف أو فاسخ، أو أن تكون مضافة إلى أجل واقف أو فاسخ .

٢١٩ — الوكالة الضمنية :

الوكالة كسائر العقود الرضائية يمكن أن تنعقد بالرضاء الضمنى فلا يلزم حتما التصريح بالرضاء بها كتابة أو شفاهة ، سواء من جانب الموكل أو من جانب الوكيل .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً برقم ٩٧٣ يجرى على أنه : "١- يجوز أن يكون قبول الوكيل ضمنيا ، كما لو قام بتنفيذ الوكالة .

٢- وتعد الوكالة مقبولة إذا تعلقت بأعمال تدخل فى مهنة الوكيل ، أو كان قد عرض خدماته علنا بشأنها ، هذا ما لم يرد الوكالة فى الحال ".

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى : " ولما كانت الوكالة عقدا ، وجب أن يرضى بها كل من الوكيل والموكل وأكثر ما يكون رضاء الموكل بالوكالة إيجابا ورضاء الوكيل قبولا . وقبول الوكيل قد يكون صريحا أو ضمنيا .

ويعتبر قبولا ضمنيا من الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة . وهذا تطبيق للمبدأ العام المنصوص عليه فى المادة ١٤٣ من المشروع . كما يعتبر سكوت الوكيل قبولا إذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل فى مهنته، كما هو الأمر فى المحامى والوكيل بالعمولة (أنظر ١٤٢ من المشروع)، أو كان قد عرض خدماته علنا بشأنها (أنظر م ١٣٦ من المشروع"[1]- إلا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ١٨٧ هامش (١) — ص ١٩١ .

أن هـــذا النص حذف فى لجنة المراجعة لعدم ضرورته أى اكتفاء بالقواعد العامة . وطالما أن النص المحذوف سالف الذكر هو تطبيق للقواعد العامة ، فإنه يمكن العمل به بالرغم من حذفه . وهذا النص يضع ثلاثة أمثلة لقبول الوكيل الوكالة قبولا ضمنيا هى :

١- أن يقـــوم الوكيل بتنفيذ الوكالة : وهذا الفرض هو ما يحدث غالـــبا فى العمـــل فالموكل يحرر التوكيل عادة ويوقعه وحده ويسلمه إلى الوكـــيل ، فإن قبل هذا الوكالة فإنه لا يوقع الورقة مع الموكل، بل يعمد إلى تنفيذ الوكالة، ومن ثم يكون قد قبل الوكالة قبولا ضمنيا .

٢- أن تكون الوكالة متعلقة بأعمال تدخل فى مهنة الوكيل : كما إذا وكل شخص محاميا للدفاع عنه ، أو تقدم شخص للتعامل مع وكيل بالعمولـــة ، فإن المحامى والوكيل بالعمولة يكونان قد قبلا الوكالة ضمنا، إلا إذا ردا هذه الوكالة فى الحال .

وهـــذا يعد تطبيقا لما تنص عليه المادة ٩٨ من التقنين المدنى من أنه : "إذا كانـــت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب " .

٣- إذا عرض شخص خدماته علنا على الجمهور فى شأن الوكالة:

كمـــا إذا أعلن شخص أنه مستعد لأن يكون وكيلا عن مصابين فى حـــادث ســـيارة للمطالبة بحقوقهم من شركات التأمين فيقدم إليه أحد المصابين، فإن وكالته له تعـــد مقبولة ما لم ترد فى الحـــال . وليس هذا إلا تطبـــيقا لمبدأ الدعوة إلى التعاقد التى توجه إلى الجمهور فإذا استجاب

شخص إليها كان هذا إيجابا منه ، فإذا سكت من وجه إليه الإيجاب و لم يرده فى الحـــال كان قبولا ضمنيا [١].

وفى جميع الأحوال لا تتجزأ الوكالة المعروضة على الوكيل ، فإذا قبل هـــذا قـــبولا ضـــمنيا جزءا من الوكالة اعتبر أنه قبل الأجزاء الأخرى ، ويكون مخلا بالتزامه إذا لم ينفذ جميع ما اشتملت عليه الوكالة [٢].

وتأكيدا لفكرة الوكالة الضمنية قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كـــــان البين من تقـــريرات الحكمين الابتدائى والاستئنافى أن الطاعنين ذهبا إلى أن المطعون عليه الثانى كان وكيلا عن والدته الحارسة القانونـــية السابقة التى كان لها حق التأجير ، وأنها أجازت تعاقده معهما مـــنذ إبرامه فى سنة ١٩٦٧ وساقا قرائن عدة منها أن المؤجر لهما كان يعايش الحارسة حتى مماتها فى سنة ١٩٧٢ وأنها تعلم بشغلهما الحوانيت لإقامـــتها فى ذات العقار الكـــائنة به ، وأنها لم تقم أى دعـــوى عليهما تطالـــب بإخلائهما ، وطلبا الإحالة إلى التحقيق لإثبات الوكالة وإجازتها للـــتعاقد . لمـــا كـــان ما تقدم فإنه وإن كانت الإحالة إلى التحقيق من إطلاقـــات محكمة الموضوع، إلا أنه يتعين أن يكون رفض الاستجابة لهذا الطلب قائما على أسباب مبررة تكفى لحمل قضائها ، والرد على القرائن الـــتى تذرع الخصوم بهـــا . لما كان ما سلف ، وكان الحكم المطعون فيه جعل عمدتـــه فى قضائه أنه لم يرد بعقد الإيجارما يشير إلى تعاقد المؤجر بصـــفته وكيلا عن الحارسة السالفة ورتب على ذلك أنه لا محل لإثبات الوكالـــة أو الإجـــارة ، وكـــان هذا القول من الحكم لا يواجه دعوى

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية العقد والإرادة المنفردة ص ١٢٥ .

(٢) السنهورى ص ٤٩٦ .

الطاعنين ولايحسم القول فى شأن ما يدعيانه ، فإنه فى قعوده عن تمحيص دفاع الطاعنين رغم جوهريته يصمه بمخالفة القانون علاوة على القصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٥٧٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

٢٢٠- صورتان للوكالة الضمنية فى إجراءات التقاضى :

(أ) — إذا رفعت الدعوى من النائب القانونى لعديم الأهلية أو ناقصها، وفى أثناء سير الدعوى زال سبب انعدام الأهلية أو نقصها ، ومع ذلك استمر النائب القانونى فى الحضور بالدعوى ، فإن حضوره يكون منتجا لآثاره القانونية ، لأنه بزوال سبب انعدام الأهلية أو نقصها يكون قد علم بالدعوى بواسطة نائبه ورضى بحضور هذا النائب عنه ، وتنقلب بالتالى نيابته عنه إلى نيابة اتفاقية بعد أن كانت نيابة قانونية ولما كان الأصل أن ليس للخصم أن يفيد من خطئه ، ولا ينقض ما تم على يديه ، فإنه يجوز للخصم اختصام النائب القانونى فى الطعن الذى يرفع عن الحكم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٣٩٤ من قانون المرافعات على أن ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين ومفاد ذلك أن مجرد وفاة الخصم أو فقده أهلية الخصومة يترتب عليه لذاته انقطاع سير الخصومة . أما بلوغ الخصم سن الرشد فإنه لا يؤدى بذاته إلى انقطاع سير الخصومة وإنما يحصل هذا الانقطاع بسبب ما يترتب على البلوغ من زوال صفة من كان يباشر الخصومة عن القاصر ومتى كان الثابت أن الطاعن قد اختصم اختصاما صحيحا فى الاستئناف ممثلا فى والده باعتباره

ولـــياً شرعياً عليه فإن الاستئناف يكون قد رفع صحيحاً ويعتبر الطاعن عالمـــا به فإذا بلغ سن الرشد أثناء سير الاستئناف و لم ينبه هو ولا والده المحكمة إلى التغيير الذى طرأ على حالته وترك والده يحضر عنه بعد البلوغ إلى أن صـــدر الحكم فى الاستئناف فإن حضور هذا الوالد يكون فى هذه الحالـــة بقـــبول الإبـــن ورضائه فتظل صفة الوالد قائمة فى تمثيل ابنه فى الخصـــومة بعـــد بلوغه سن الرشـــد وبالتالي ينتج هذا التمثيل كل آثاره القانونية ولا ينقطع به سير الخصومة لأنه إنما ينقطع بزوال صفة النائب فى تمثـــيل الأصيل وهى لم تزل فى هذه الحالة بل تغيرت فقط فبعد أن كانت نيابته عنه قانونية أصبحت اتفاقية " .

(طعن رقم ٢٧٨ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠)

٢- " إذا كان المدعى قد مثل فى الدعوى تمثيلا صحيحا وقت رفعها ابـــتداء بواسطة والدته بوصفها وصية عليه ، فإن بلوغه سن الرشد بعد ذلك أثناء سير الدعوى – إذا لم تنبه المحكمة إليه- لا يكون من شأنه أن يحـــول دون اعتبار حضور والدته عنه حتى صدور الحكم فى الدعوى – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – حضورا منتجا لآثاره القانونية ، ذلـــك أنه ببلوغه سن الرشد يكون قد علم بالدعوى بواسطة والدته التى كانت وصية عليه ورضى باعتبار صفة والدته فى تمثيله لازالت قائمة على أســـاس مـــن النيابة الاتفاقية بعد أن كانت نيابتها عنه نيابة قانونية فإذا التزمـــت والـــدة المدعى موقف التجهيل بالحالة التى طرأت على ولدها ببلوغه سن الرشد إلى ما بعد صدور الحكم الابتدائى فوجه المحكوم عليه اســـتئنافه إليها بالصفة التى أقيمت بـــها الدعوى ابتداء ، وكان قد تحدد بموجـــب الحكم الصادر من محكمة أول درجة أطراف الخصومة بالنسبة للاســـتئناف، وكان الأصل أن ليس للخصم أن يفيد من خطئه ، ولا أن

يـنقض ما تم على يديه ، فإن اختصام المستأنف ضده فى الاستئناف ممثلا بواسطة والدته يعد اختصاماصحيحا ومنتجا لآثاره القانونية . وإذا استمرت والدته على موقف التجهيل أثناء سير الاستئناف فإن الحكم يصدر فى هذا الاستئناف كما لو كان قد حضر المستأنف ضده بنفسه الخصومة فيه " .

(طعن رقم ١٥٩ لسنة ٣٢ جلسة ١٩٦٦/١١/١٥) [١]

٣- (أ)- " استمرار الوصى فى تمثيل القاصر فى الخصومة بعد انتهاء الوصاية عليه دون اعتراض منه وتنبيه المحكمة إلى زوال صفة ممثله يعتبر

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأنه :**

" إذا كان الثابت أن الدعوى رفعت ابتداء ضد القاصر فى شخص الوصى عليه وصدر الحكم الابتدائى ضد الوصى بهذه الصفة ورفع الاستئناف باسمه وبصفته وصيا إلى أن تقدم وكيل القاصر عنه باعتباره قد بلغ الرشد فى المرحلة الأخيرة من الدعوى الاستئنافية وضمن دفاعه عنه نفس الدفاع عن باقى المدعى عليهم فإن إغفال الحكم الإشارة إليه باعتباره قد بلغ سن الرشد فى المرحلة الأخيرة من الدعوى الاستئنافية وضمن دفاعه عنه نفس الدفاع عن باقى المدعى عليهم فإن إغفال الحكم الإشارة إليه باعتباره مباشرا الخصومة بنفسه والاستمرار فى إثبات اسم الوصى عليه لا يعتبر خطأ جسيما يختص به وجه الحق فى التعريف بشخص الخصم المذكور ولا يخل بدفاعه التى استمعت إليه المحكمة فعلا بواسطة وكيله الذى كان موكلا عن باقى المدعى عليهم . ذلك أنه متى كان النقص أو الخطأ فى أسماء الخصوم وصفاتهم ليس من شأنه التشكك فى حقيقة الخصم واتصاله بالخصومة المرددة فى الدعوى فإنه لا يعتبر نقصا أو خطأ جسيما مما قصدت المادة ٣٤٩ مرافعات أن ترتب عليه بطلان الحكم " .

(طعن رقم ٢٦٦ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٦/٢٠)

صـــحيحا منتجا لآثاره القانونية لأن تمثيله فى هذه الحالة يستند إلى نيابة اتفاقية بعد أن كانت قانونية " .

(ب)- " يشـــترط للاحتجاج على الطاعن بزوال صفة من كانت تمثل المطعـــون علـــيهما ووجوب توجيه إجراءات الخصومة إلى كل منهما فى شخصـــه أن يتوافر الدليل على علم الطاعن يقينا بالتغيير الذى طرأ على تلك الصفة ، لما كان ذلك وكان المطعون عليهما لم يقدما الدليل الحاسم على توفر ذلك العلم إلى ما قبل التقرير بالطعن بالنقض فى الحكم الصادر لصالحهما والمطعون عليهما ممثلين فيها بصفتهما ، فإنه يصح اختصامهما فى هذا الطعن فى شخص المطعون عليها بالصفة التى كانت تتصف بها فى الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه " .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٥٤ " أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٥/٣/١٢)

وقـــد ذهبت محكمة النقض فى حكم حديث لها إلى أن تمثيل النائب القانونى للقاصر يصح ولو تغيب النائب عن حضور كل جلسات الدعوى طالما كان اختصامه فيها صحيحا .

إذ قضت بأن :

" لمـــا كـــان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن استمرار الولى فى تمثيل القاصـــر فى الخصـــومة بعد انتهاء ولايته عليه دون اعتراض منه أو تنبيه المحكمـــة إلى زوال صفة من يمثله يعتبر صحيحا منتجا لآثاره القانونية لأن تمثيله فى هذه الحالة يستند إلى نيابة اتفاقية بعد أن كانت قانونية ، ذلك أن المـــادة ١/١٣٠ مـــن قانون المرافعات تنص على أن ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهليته أو بزوال صفة من كان يباشـــر الخصومة عنه من النائبين ، ومفاد ذلك أن بمجرد وفاة الخصم أما فقـــده أهلية الخصومة يترتب عليه لذاته انقطاع سير الخصومة أما بلوغ

الخصم سن الرشد فإنه لا يؤدى بذاته إلى انقطاع سير الخصومة إنما يحصل هــذا الانقطاع بسبب ما يترتب على البلــوغ من زوال صفة من كان يباشر الخصومة عن القاصر .

لمــا كــان ما تقدم وكان الواقع فى الدعوى أن المطعون عليها الأولى اختصــمت المطعون عليه الثانى أمام محكمة أول درجة عن نفسه وبصفته ولــيا طبيعيا على أولاده القصر ومن بينهم الطاعن الأول الذى بلغ سن الرشد أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة الابتدائية ، وإذ لم ينبه المطعون عليه الــثانى أو الطاعن الأول بعد بلوغه سن الرشد – المحكمة إلى التغيير الذى طــرأ عــلى حالة هذا الأخير وحتى صدور الحكم فى الدعوى فإن تمثيل المطعون عليه الثانى لابنه الطاعن الأول فى الدعوى يكون بقبوله ورضائه ويــبقى هذا التمثيل منتجا لكل آثاره القانونية ويكون الحكم الصادر فى الدعــوى كمــا لــوكان القاصر مختصما بشخصه بعد بلوغه حتى ولو تغيــب ممثله عن حضور كل جلسات الدعوى طالما كان اختصامه فيها صحيحاً " .

(طعن رقم ٢٣٠٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/١١/٢٨)

(ب) – ســكوت الابــن الذى بلغ سن الرشد عن قيام والده برفع الدعوى أمام محكمة أول درجة نيابة عنه ، ثم مبادرته إلى استئناف الحكم الصادر برفض الدعوى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان القانون يشترط للمرافعة أمام القضاء وكالة خاصة حسبما تقضــى الفقــرة الأولى من المادة ٧٠٢ من القانون المدنى ، واختص بها المشرع أشخاصا معينين واستلزم إثبات هذه الوكالة وفقا لأحكام قانون المحامــاة ، تطبــيقا لنص المادتين ٧٢ ، ٧٣ من قانون المرافعات ، إلا أن

الوكالة الخاصة على هذه الصورة ليست شرطا لازما لرفع الدعوى إيذانا بمبدء استعمال الحق فى التقاضى ، باعتبار هذا الحق رخصة لكل فرد فى الالتجاء إلى القضاء . بل يكون لمحكمة الموضوع فى هذا الصدد أن تستخلص من المستندات المقدمة فى الدعوى ومن القرائن ومن ظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية فى رفع الدعوى إذ كان ذلك وكان دفع الطاعنين محل النعى قد أسس على انتفاء صفة والد المطعون ضده الأول فى رفع الدعوى نيابة عنه لبلوغه آنذاك سن الرشد ، واقتصر الدفع على ذلك فحسب — دون أن يمتد إلى الوكالة فى الخصومة أمام القضاء، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من سكوت المطعون ضده الأول عن قيام والده برفع الدعوى أمام محكمة أول درجة نيابة عنه . رغم بلوغه سن الرشد ثم مبادرته إلى استئناف الحكم الصادر برفض الدعوى توصلا إلى الحكم له بالطلبات المرفوعة بها موافقته ورضاءه عن إجراء رفع الدعوى الذى اتخذه والده نيابة عنه مما يدل على استناد الوالد فى رفعها إلى قيام وكالة ضمنية بينهما فإن ماخلص إليه الحكم يكون سائغا ومؤديا إلى النتيجة التى انتهى إليها دون مخالفة للقانون ، ومن ثم يعدو النعى بهذا السبب على غير أساس" .

(طعن رقم ٥٩٣ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/١/٤)

صور للوكالة الضمنية تقوم على صلة بين شخص وآخرين :

هناك بعض الصلات التى تنشأ بين الشخص وآخرين ، ينشأ عن بعضها وكالة ضمنية بينه وبينهم .

مما يدعونا إلى التصدى إلى أهم هذه الحالات لأهميتها فى التطبيق العملى .

٢٢١ـ (١) ـ وكالة الزوج لزوجته :

جرى الفقه على اعتبار الزوجة وكيلة عن زوجها الذى تساكنه وكالة ضمنية فى شراء اللوازم الضرورية كالحاجيات المنزلية ، وما يلزم لكسوتها ونفقات علاجها وأطفالها وكسوتهم وتأجير المكان اللازم لسكناها فى غيبة الزوج ، ونفقات تعليم الأطفال إلى غير ذلك من النفقات الضروية التى لم يكن مفر للزوج من مواجهتها لو أنه كان حاضرا.

ويكون الزوج ملزما بأثمان المبيعات للزوجة بناء على افتراض توكيله إياها فى هذه الصدد .

وهذه الوكالة الضمنية تكون فى الشراء فى غير إسراف وفى حدود مقدرة الزوج على مواجهة هذه النفقات ،فلا يصح مطالبة الزوج بالنفقات التى تجاوز ذلك ، لأن ذلك يعتبر من الزوجة تجاوزا لحدود الوكالة يسأل عنه التاجر الذى كان فى وسعه أن يتحرى حالة الزوج قبل أن يجارى سرف الزوجة ورعونتها[1] .

والزوج يملك إنهاء هذه الوكالة الضمنية إذا أخطر التجار الذين يتعامل معهم عادة بنسيئة فى الخروج على المألوف من الأزواج وعزمه على عدم التعهد بما تشتريه زوجته نسيئة منهم.

ولا تقوم الوكالة الضمنية إذا تركت الزوجة منزل الزوجية وكانت ناشزا ، أو كانت تتقاضى نفقة من زوجها .

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٥٦ — الدكتور جمال مرسى بدر- النيابة فى التصرفات القانونية ١٩٨٠ ص ١٨٢ .

أو إذا كانت المرأة خليلة لا زوجة ، إلا إذا اشتهرت بأنها زوجة شرعية[1] .

وتقوم الوكالة الضمنية للزوجة فى أعمال التجارة إذا كانت تساعد زوجها فى تجارته . وكذلك تقوم الوكالة الضمنية للأولاد القصر من أبيهم فيما يشترونه من حاجيات يومية ، ولاتقوم الوكالة الضمنية بالنسبة للأولاد الذين بلغوا سن الرشد .

غير أن محكمة النقض لم تسلم بأن مجرد قيام رابطة الزوجية كافيا للتدليل على وجود هذه الوكالة من جانب الزوج ، وإنما يترك ذلك لتقدير قاضى الموضوع .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادتين٣٣٢ ، ٣٣٣ من القانون المدنى أن الأصل فى الوفاء حتى يكون مبرئا لذمة المدين أن يكون للدائن أو لنائبه ، أما الوفاء لشخص غير هذين فلا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن الوفاء له أو عادت على الدائن من هذا الوفاء منفعة وبقدر تلك المنفعة أو كان هذا الشخص يحوز الدين ووفى له المدين بحسن نية معتقدا أنه الدائن الحقيقى. وإذ كانت وكالة الزوجة عن زوجها لا تستخلص ضمنا من مجرد قيام رابطة الزوجية . وكان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم المستأنف لأسبابه والذى اعتبر الإيداع الحاصل من المطعون عليه الأول لدى المطعون عليها الثانية وفاء لزوجها الطاعن بجزء من الثمن المستحق على المطعون عليه الأول استنادا إلى ورقة تقدم بها موقعة ببصمة إصبع المطعون عليها الثانية باستلامها مبلغ خمسمائة جنيه أمانة تحت الطلب ، وما قرره المطعون عليه

(١) السنهورى ص ٥٠٠ — محيى الدين علم الدين ص ٢٠٠.

الأول وآخــر كان العقد مودعا لديه من اعتبار المبلغ المودع لدى المطعون عليها الثانية بموجب تلك الورقة وفاء لزوجها الطاعن ، ودون أن يوضح سبيله إلى اعتبار هذا الإيداع وفاء مبرئا لذمة المطعون عليه الأول ، فإنه يكون معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ١٣٩٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٩٨/١/١٣)

وبالترتيــب على ذلك ، فإن القاضى يستخلص وجود هذه النيابة من عدمــه فى كل حالة على حدة طبقا لظروفها وملابساتها ، دون أن يكون خاضــعا لرقابة محكمة النقض طالما كان استدلاله معقولا ومستخلصا من المستندات المقدمة فى الدعوى وكذلك من ظروف الدعوى . وكان هذا الاستدلال لا غبار عليه .

٢٢٢-(٢) – وكالة الزوجة لزوجها :

جرى القضاء فى مصر على وجود نيابة ضمنية من الزوجة لزوجها فى إدارة أملاكها وتصريف شــئونها ، وقد تأثرت المحاكم فى هذا ولاشك بما جرت به العادة فى مصر من تسليم الزوجة دفــة أمورها إلى الزوج الذى يدير ثروة زوجته بالنيابة عنها [١].

فقضت محكمة استئناف مصر فى ١٩٣٢/٣/٢٣ بأن :

" مــتى ثبــت أن الزوجة عاشرت زوجها مدة طويلة وعاشا معا ولم تعمل له توكيلا صريحا كتابيا بإدارة أموالها ولا يقبض ولابصرف بل كان يجرى الأمر بينهما كما هو المعروف بين كل رجل وزوجته فيصبح وكيلا عــنها بوكالــة ضمنية أو عرفية مفوضة تفويضا عاما إلى رأيه فى كيفية استغلال أموالها وقبض ما يحل لها قبضه وصرفه " .

---

(١) جمال مرسى بدر ص ١٨٨.

(ذات المـــبدأ أيضا استئناف الاسكندرية فى ١٩٤٩/١٢/٣١رقم ١٤٢ لسنة ٤ ق) .

إلا أن محكمة النقض ذهبت فى قضـــائها إلى أن مجـــرد قيام عـــلاقة الزوجـــية لا ينهض دليل على إنابة الزوجة الضمنية لزوجها ما لم يقم فى وقائع الدعوى ما يسوغ القول بوجود تلك الإنابة ، أى أنها أوجبت أنه يقـــوم عليها الدليل ، وتركت تقدير وجود هذه الوكالة الضمنية لتقدير القاضى على النحو الذى أوضحناه بالنسبة للزوجة .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مـــتى ثبـــت مـــن حكم محكمة أول درجة الذى أخذ الحكم الاســـتئنافى بأسبابه أن الطاعنة وإن اعترفت بأن الأشياء وردت لمنـــزلها الـــذى كانـــت تشيده إلا أنهـــا تمسكت بأنها تخالصت مع زوجها الذى اشـــتراها وقدمـــت مخالصة بذلك فلم تحفل المحكمة بمناقشة هذا الدفاع واكتفـــت فى الحكـــم على الطاعنة بما ثبت لديها من أن الأشياء المطالب بقيمتها قد وردت لمنـــزلها وكان الحكم الاستئنافى قد بنى مسئولية الطاعن فـــيما أنشأه من أسباب على أن الزوج اشترى هذه الأشياء بوصفه وكيلا عن زوجته وأن هذه الوكالة كانت ضمنية حسب ماجرى به العرف وأنه يكفى فى إثـــباتها بمجرد قيام رابطة الزوجية . فإن الحكم المطعون فيه يكون قد عاره قصور مبطل فى خصوص قضائه بإلزام الطاعنة بثمن الأشياء التى وردت لمنـــزلها إذا الحكم الصادر من محكمة أول درجة أغفل الفصل فى دفاع جوهرى أدلت به الطاعنة ومن شأنه لو صح أن يغير وجه الرأى فى الدعـــوى كمـــا أن حكم محكمة الاستئناف فيما حصله من أن تصرف

المطعـــون عليه الثانى بالشراء كان بوصفه وكيلا عن زوجته الطاعنة وأن هـــذه الوكالـــة كانت وكالة ضمنية قد جاء قاصرا عن بيان الوقائع التى سوغت لديه القول بقيام هذه الوكالة وقت الشراء وبأن الزوج إذ اشترى إنمـــا تعاقد بالنيابة عن زوجته ولا يغنى عن التحقق من كلا الأمرين مجرد ثبوت علاقة الزوجية إذ هى وحدها غير كافية فى هذا الصدد كما لا يغنى عـــن ذلك ما قرره الحكم من قيام عرف على هذه الوكالة إذ ليس ثابتا وجود عرف مستقر فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٣/٦)

٢- " وكالة الزوج عن زوجته لا تستخلص ضمنا من مجرد قيام رابطة الزوجية " .

(طعن رقم ٣٧٢ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٤)

٣- " ثبوت علاقة الزوجية لا يكفى بمجرده للقول بقيام وكالة ضمنية بين الزوج وزوجته " .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥)

٣٢٣ ـ (٣) ـ وكالة المخدوم للمستخدم :

تعتـــبر هـــناك وكالة ضمنية من المخدوم للمستخدم فى الأعمال التى جرت العادة على قيام المستخدم بها نيابة على المخدوم .

فهـــناك وكالـــة للخادم صادرة ضمنا من سيده فى شراء الحاجيات المنـــزلـــية نسيئة من التجار الذين اعتاد سيده أن يتعامل معهم على هذا الـــنحو. بشـــرط أن يكون من عادة السيد أن يكلف الخادم بشراء هذه الحاجـــيات . فإذا كان من عادة السيد أن يتعامل مع التجار مباشرة ، أو

كـــان لا يــتعامل معهم إلا نقدا ، فلا تقبل مطالبتهم إياه بأثمان المبيعات لخادمـــه لأن ظـــروف تعامله معهم تنفى افتراض توكيله خادمه فى هذا الصدد [١].

ويعتبر فى حكم الخادم بواب العمارة إذا كانت تربطه بمخدومه علاقة وثقـــى تتسم بالخصوصية وتمكنه من الاطلاع على مكنون سره وخاصة أمـــره فكـــان خادماله فى منـــزله أو انسحب عليه وصف الخادم حكما وغلبت عليه هذه الصفة .

فقد قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

" مفـــاد نـــص المادة ٦٧٤ من القانون المدنى فى تعريفها لعقد العمل والمـــادة الثانية من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ بشأن العمل فى تعريفها للعامل والمادة ٤/٢ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ فى شأن التأمينات الاجتماعية الذى حل محله القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بنصها على عدم سريان أحكام هذا القانون على خدم المنازل ومن فى حكمهم – أن الخدم أيا من كانوا هم عمال سواء فى مدلول القانون المدنى أو فى مفهوم قانون العمـــل مـــن حيث إنه تربطهم برب العمل تبعية قانونية قوامها الإشراف والـــرقابة . وعلى ذلك فاستثناء قانون التأمينات الاجتماعية خدم المنازل ومـــن فى حكمهم من تطبيق أحكامه ليس مرجعه انحسار العمالة عنهم ، لأن المســـتثنى بالضرورة من جنس المستثنى منه ، بل لقيام وصف خاص بهـــم هو أنه تربطهم بمخدوميهم علاقة وثقى تتسم بالخصوصية وتمكنهم من الاطلاع على مكنون سرهم وخاصة أمرهم ، وهذه العلة فى الاستثناء

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٥٦ .

قد أفصحت عنها المذكرة الإيضاحية المصاحبة للمرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ فى شأن عقد العمل الفردى وهو من المصادر التشريعية لقانون العمل . والبواب خادم ، وهو بهذه المثابة عامل يجرى عليه حكم إلزام صاحب العمل بالتأمين علية رجوعا إلى حكم الواجب فى أصل التشريع إلا إذا قامت به هذه الخصوصية فكان خادما لصاحب العمارة فى منزله ، أو انسحب عليه وصف خادم المنزل حكما وغلبت عليه هذه الصفة فحينئذ يجرى عليه حكم الاستثناء الذى يؤخذ فى تفسيره بالتضييق. ولايقدح فى هذا النظر ما نصت عليه (لائحة الخدامين) الصادرة بقرار وزير الداخلية فى ٨ من نوفمبر سنة ١٩١٦ المعدلة من وجوب الحصول على ترخيص لكل من يرغب فى ممارسة مهنة خادم أو أى مهنة أخرى مماثلة لها من المهن التى حددتها ومنها مهنة البواب ، ذلك لأن وجوب الترخيص محمول على مطلق الخدمة بينما الاستثناء من قانون التأمينات الاجتماعية محمول على خصوصية الخدمة فى المنازل وحدها أو ما يجرى مجراها ويأخذ حكمها ، وأنه لا تعارض بين إلزام البواب بالحصول على ترخيص قبل ممارسة خدمته فى قانون وبين حمايته بالتأمين عليه فى قانون آخر ، فلكل من التشريعين مجاله وحكمه وحكمته فيما استنه وأوجبه. ولما كان الحكم المطعون فيه قد أخطأ إذ أطلق القول بإخراج بواب العمارة أيا ماكان مجال عمله من نطاق تطبيق نصوص قانون التأمينات الاجتماعية دون تفطن إلى المعانى القانونية المتقدمة ، ودون بيان لصلة بواب العمارة بالمطعون ضده ومدى الخصوصية فى هذه الصلة ، والترجيح بينها وبين مباشرته العمل فى العمارة المستغلة ، وكان الخطأ فى القانون قد حجب المحكمة عن نظر موضوع

الدعوى ، وكان للقصور الصدارة على وجه الطعن بمخالفة القانون ، فإن حكمها يكون واجب النقض مع الإحالة " .

(طعن رقم ١١٨٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٧)

غـــير أن البواب لا يكون وكيلا عن صاحب العمارة فى قبض الأجرة من المستأجرين إلا إذا كان هناك تفويض له فى ذلك .

وينوب عن الطبيب الممرض الذى يعمل فى عيادته وعن المحامى وكيل مكتـــبه وينوب مستخدمو المحال التجارية عن صاحب المتجر فينوب مدير المحل عنه فى علاقاته مع التجار الآخرين والبنوك والشركات .

ويوجـــد توكـــيل ضمنى من المالك لناظرالعزبة فى شراء كل ما يلزم لزراعتها من بذور ومواشى وأسمدة . وأن يتعاقد مع الغير على جلب الماء الـــلازم لـــريها وتأجير العمال اللازمين لجنى المحصول ، إلى غير ذلك من الأعمال التى تدخل فى طبيعة عمله ، والتى يمكن افتراض توكيل المالك إياه فى مباشرتها[١] .

إلا أنـــه لا يجـــوز لناظر الزراعة التصرف أو الهبة ولو فى صورة صلح وليس له حق التقاضى باسم الموكل [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن نفى صفة للموقع على إقرار التخالص، يترتب عليها نفى صفة الوكالة الضمنية .

---

(١) محمـــد على عرفـــه ص ٣٥٧ — الســـنهورى ص ٥٠١ - هامش (١) — اســـتئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠- وعكس ذلك استئناف مصر فى ١٩٣١/١/٢٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٩٣٢/٣/٢٢ — السنهورى ص ٥٠١ هامش (١) .

إذ قضت بأن :

" مـــتى كـــان الحكم المطعون فيه قد نفى فى حدود سلطته التقديرية وجـــود صفة للموقـــع على إقرار التخالص فى النيابـــة عن المطعون عليه (الدائن) ، وكانت الوكالة الضمنية التى ادعى الطاعن (المدين) أمام محكمة أول درجـــة قيامها هى صورة من صور النيابة ، فإن الحكم بنفيه وجود النـــيابة فى الإقرار بالتخالص يكون قد نفى قيام تلك الوكالة وبالتالى فلا يمكن محاجاة المطعون عليه بالإقرار سالف الذكر " .

(طعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/٥)

٢٢٤ـ (٤) ـ الوكالـة الصادرة من الشركاء على الشيوع لشريك منهم فى إدارة المال الشائع :

تقضى المادة ٨٢٨ من التقنين المدنى بأن :

" ١- مـــا يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكـــون ملزما للجميع ، وتحسب الأغلبية على أســـاس قيمة الأنصباء فإن لم تكـــن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من الـــتدابير مـــا تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

٢- وللأغلبـــية أيضـــا أن تختار مديرا، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحســـن الانـــتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا .

٣- وإذا تـــولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم " .

وواضـــح أن الفقرة الثالثة من المادة اعتبرت أن هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع من باقى الشركاء.

ويعد هذا الشريك أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة فتنعقد الأعمال التى تصدر منه فى حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملا ماديا أو تصرفا قانونيا تقتضيه الإدارة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الـــنص فى المادة ٨٢٨ من القانون المدنى على أنه ... "٣- إذا تـــولى أحـــد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم" يدل- وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى — على أنه إذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع، فإنه إذا اتفقت الأغلبية على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صـــاحب الشأن فى الإدارة ، أما إذا لم يختاروا مديرا وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم ، مما مؤداه أنه إذا تعدد مـــلاك العـــين المؤجرة فإنه يمكن لمن يملك منهم أغلبية الأنصباء فيها أن يطلب إنهاء الإيجار بوصفه من أعمال الإدارة " .

(طعن رقم ٩٣٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٢)

٢- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل أن إدارة الأموال الشائعة تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ، فإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم. ولمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها فى الدعوى ومن القرائن وظروف الأحوال قيام وكالة ضمنية من الشركاء لأحدهم فى إدارة المال

الشـــائع ، وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استخلص من انفراد الطاعنة الأولى — دون باقى الورثة — بالتوقيع على عقدى الإيجار المؤرخين ... وقبضها وحدها للأجرة وإدارتها للعقار الكائن به عين النـــزاع دون اعـــتراض من باقى الورثة دليلا على وكالتها الضمنية عنهم فإنه يكون قد أقيم على ما يحمله " .

(طعن رقم ٩٠٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٠)

٣- " المقـــرر — فى قضـــاء هذه المحكمة- أن إدارة المال الشائع وفقا لنص المادتين ٨٢٧ ، ٨٢٨ من القانون المدنى حق للشركاء على الشيوع مجتمعين ، ومع ذلك إذا تولى أحدهم الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكـــيلا عـــنهم ، وأن الطعن فى المنازعات المتعلقة بتحديد أجرة الأماكن يعتـــبر من أعمال الإدارة ويحق لأى من الشركاء فى ملكية العقار القيام به مـــنفردا ، ويعد فى هذه الحالة نائبا عن باقى الشركاء فى الطعن ، طالما أن أحدا منهم لم يعترض على هذا الإجراء " .

(طعن رقم ٧٩٩ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/٢/١٤)

٤- "..... المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدنى تقضى بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم فإن مفـــاد ذلـــك أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطـــوع لإدارة المال الشائع من باقى الشركاء ، ومن ثم فلا يسرى التقادم فيما بين هؤلاء الأخيرين باعتبارهم موكلين وبين ذلك الشريك طوال مدة قـــيام الوكالة وفقا لصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون

المدنى، غير أن الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى حساب بداية مدة التقادم فى حـق الطاعنين من تاريخ وفاة المورث الأصلى فى سنة ١٩٤٦ وقضى تـبعا لذلك بعدم سماع دعواهم وفقا لحكم المادة ٩٧٠ من القانون المدنى ملتفـتا عمـا أثاروه فى دفاعهم سالف البيان و لم يرد عليه رغم أنه دفاع جوهرى لو صح قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قد شابه قصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٣٧١٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١/٤)

٢٢٥ـ (٥) ـ الوكالة الصادرة للمحضر فى قبض الدين :

توجـد وكالة ضمنية صادرة من الدائن للمحضر فى قبض الدين من المديـن الـذى يعلنه وفى إعطائه مخالصة ، وذلك إذا أراد المدين أن يدفع للمحضر[1].

٢٢٥ مكـررا – هـل يعتبر المستأجر نائبا نيابة ضمنية عن المساكنين له فى إبرام عقد الإيجار ؟

جـرى فقـه وقضـاء الإيجارات منذ العمل بالقانون رقم١٢١ لسنة ١٩٤٧ على اعتبار الأشخاص المقيمين بالمسكن منذ بدء العلاقة الإيجارية مسـتأجرين أصـليين شأنهم شأن المستأجر الذى أبرم عقد الإيجار تماما، تأسيسا على أن الشخص– فى الغالب– لا يستأجر المسكن لنفسه فحسب بـل ولأفراد أسرته، ومن يرى هو أن يتكفل بسكناهم ولو لم يكن ملزما بذلك قانونا. ويعتبر المستأجر فى هذه الحالة نائبا عن هؤلاء جميعا فى عقد

---

(١) السنهورى ص ٥٠٣ .

الإيجـــار وهـم بالتالى مستأجرون أصليون مثله لأن العرف جرى على أن يســـتأجر الشـــخص لنفســـه ولآله و لم يجر على أن يشترك معه فى إبرام الإجـــارة جميع الأشخاص الذين يقيمون معه . وهذه النيابة تستفاد ضمنا من ظروف الحال فأساس اعتبار هؤلاء مستأجرين أصليين إذن هى نظرية النيابة الضمنية .

كمـــا جرى الفقه والقضاء ، على اعتبار الأشخاص الذين يقيمون مع المســـتأجر فى المستقبل مستأجرين أصليين أيضا ،مثل الزوجـــة المستقبلة والأولاد الذين سيرزق بهم ، لأن الشخص يستأجر لنفسه ولهؤلاء أيضا، ويكون انصراف التأجير إليهم أساسه الاشتراط لمصلحة الغير [1].

غير أن محكمة النقض نبذت فى أحكام عديدة حديثة لها ، الرأى الذى سار عليه الفقه والقضاء والذى يعتبر المقيمين مع المستأجر منذ بدء الإيجارة مســـتأجرين أصليين مثله ، ويبرر إقامتهم بالعين المؤجرة على أساس نيابة

---

(١) الدكتور سليمان مرقس شرح قانون إيجار الأماكن جـ١ الطبعة السابعة ص ٧٢٣ وما بعدها – الدكتور عبد الناصرالعطار فى شرح أحكام الإيجار طبعة ١٩٧٠ ص ٤٩٦ وما بعدها – أبو الوفا فى التعليق على النصوص الإجرائية طـبعة ١٩٧٨ ص ١٧٧– الأســتاذ محمد عبد الرحيم عنبر قانون الإسكان الجديــد طـبعة ١٩٧٧ ص ١١٨ مصر الابتدائية ١٩٥٣/١٠/١٨ الدعوى ٤٦٠٤ لســنــة ١٩٥٣ ، ١٩٥٤/١٢/٨ الدعــوى ٥٥٦ لسنة ١٩٥٤، ١٩٦٨/١٢/٢٨ الدعــوى ٣٦٣٥ لســنة ١٩٦٨ – جــنوب القاهــرة الابتــدائــية فى ١٩٧٨/١/٢٦ الدعــوى ١٠١٠ لسنة ١٩٧٧– مستعجل الجيزة فى ١٩٧٨/٩/١٤ الدعوى ٩٧٦ لسنة ١٩٧٥ .

المستأجر عنهم فى إبرام عقد الإيجار نيابة ضمنية ، ويبرر إقامة الأشخاص المستقبلين على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

وذهبت المحكمة إلى أن هؤلاء الأشخاص لايعتبرون مستأجرين أصليين، وعزت تمتعهم بالإقامة فى العين المؤجرة إلى أن لعقد الإيجار طابع عائلى وجماعى لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ومن يتراءى له إيواءهم ، وأن المستأجر يقوم نحوهم بالتزامات وواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتعديل متعلقة به هو ولاشأن لها بالمؤجر .

فقد قضت بتاريخ ١٩٧٨/٣/٢٩ فى الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٤ ق بأن :

١- " النص فى المادة ١٥٢ من القانون المدنى على أنه لايرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا يدل على أن مبدأ نسبية أثر العقد يهيمن على قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص والموضوع مما يقتضى أن أثر العقد إنما يقتصر على طرفيه والخلف العام أو الخاص أو الدائنين فى الحدود التى بينها القانون، فلا تنصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه إلا إلى عاقدية غير أنه يجوز الخروج على المبدأ السالف بإرادة طرفيه فى شقة الإيجابى وهو إنشاء الحق دون شقة السلبى وهو تقرير الالتزام ، بمعنى أنه ليس لطرفى العقد أن يرتبا باتفاقهما التزاما فى ذمة الغير، وإن كان لهما أن يشترطا حقا لمصلحة ذلك الغير " .

٢- " لعقد الإيجار طابع عائلى وجماعى لايتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ومن يتراءى له إيواءهم وقد استهدفت التشريعات الخاصة بإيجار الأماكن حماية شاغلى العين المؤجرة من عسف المؤجر وتمكينه والمقيمين معه من إقامة مستقرة فى السكن إبان أزمة الإسكان ، وجعلت عقد إيجار تلك الأماكن ممتدا تلقائيا وبحكم القانون إلى غير مدة محددة طالما بقيت تلك التشريعات التى أملتها اعتبارات النظام العام بحيث لايجوز إخراج المقيمين إقامة مستديمة مع المستأجر بغير إرادتهم إلا بسبب من الأسباب التى حددتها تلك التشريعات على سبيل الحصر ، إلا أن ذلك لا ينفى نسبية أثر عقد الإيجار من حيث الأشخاص فلا يلتزم بها غير عاقديه الأصليين اللذين يأتمران بقانون العقد ، ومن حيث المضمون فلا يلزم العقد إلا بما تضمنه من التزام ، طالما بقى المستأجر الأصلى على قيد الحياة يسكن العين المؤجرة ، لم يبرحها إلى مسكن آخر ، و لم ينسب إليه أنه تنازل عن حقه فى الإيجار أو أجره من باطنه خلافا لما يفرضه عليه القانون . يؤيد هذا النظر الذى لم يرد به نص صريح فى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ أن المشرع فى المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ثم فى المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ عنى بتعيين المستفيد من مزية الامتداد القانونى بعد وفاة المستأجر الأصلى أو تركه العين بما يشير إلى أن المقيمين مع المستأجر الأصلى لا تترتب فى ذمتهم التزامات قبل المؤجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأصلى فى السكن ، ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصيل والوحيد فى التعامل مع المؤجر، ولايسوغ القول بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخذا بأحكام النيابة الضمنية ، انحرافا عن المبادئ العامة فى نسبية أثر العقد حين يقوم بإرادة النائب وينصرف أثره إلى الأصيل لأن هؤلاء ليسوا طبقا

للقانون أطرافا فى عقد الإيجار ولا تربطهم بالمؤجر أية علاقات تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم فى بداية الإيجار أو بعده، وإنما تمتعهم بالإقامة فى العين قياما من المستأجر بالتزامات وواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتعديل متعلقة به هو ولا شأن لها بالمؤجر ، وكيفية استعمال المستأجر لمنفعة المسكن مسألة عارضة لاتبرر فكرة المجاز القانونى على أساس النيابة الضمنية. لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى أن عقد إيجار عين النزاع أبرم فى ١٩٦٧/٩/١٦بين الطاعنة وبين ابنتها التى كانت زوجا للطاعن آنذاك، وأن المؤجرة استصدرت حكما فى الدعوى رقم ١٠٩٧٧ لسنة ١٩٧٠ مدنى مستعجل القاهرة قبل ابنتها المستأجرة منها بطردها من العين المؤجرة لتخلفها فى سداد الأجرة من أول يناير سنة ١٩٦٨ ولتضمن عقد الإيجار الشرط الصريح الفاسخ ، وكان هذا الحكم قد نفذ بإخلاء المستأجرة وزوجها المطعون عليه الذى كان يقيم معها فى ١٩٧١/٤/١٢ ، فإن ما خلص إليه الحكم المطعون فيه من أن المطعون عليه غير ملزم بأجرة شقة النزاع طالما أنه كان مقيما مع المستأجرة الأصلية بسبب علاقة الزوجية التى كانت تربطهما خلال الفترة المطالب بأجرتها وطالما أنه لم ينفرد بشغل الشقة بأى سبيل بعد خروج المستأجرة الأصلية منها هو النتيجة التى تتفق والتطبيق الصحيح للقانون " .

(ذات المبدأ طعن رقم ٥٩٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٣١ – طعن رقم ٣٩٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٦ – طعن رقم٥١٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١/٤– طعن رقم ٤٥٦ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٢/٢/١ – طعن رقم ٩١٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٢/٢/١٥ – طعن رقم ٧٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٤/٢١– طعن رقم ٥٤٠لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/١١/٨)

٣- " المقــرر- فى قضــاء محكمة النقض - أن لعقد إيجــار المسكن طابعاً عائلياً وجماعياً لا يتعاقد فيه المستأجر ليقيم فى المسكن بمفرده ، وإنما لينضــم إلــيه أفراد أسرته ، ومن يتراءى له إيواؤهم بــه ، وأن المساكنة تنشــئ للمنتفعين بالعين المؤجرة من غير الأقارب المحددين بالمادة ٢١ من القــانون رقــم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المقابلة للمادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لســنة ١٩٧٧م حقاً فى البقاء فيها بالرغم من ترك المستأجر لها أو وفاته بشرط أن يثبت حصولها منذ بدء الإيجار، ومادام أن إقامة هؤلاء المساكنين لم تــنقطع - فإنــه يحق لهم الإفادة من الامتداد القانونى للعقد، وأنه وإن كانــت محكمة الموضوع تستقل بتقدير حصول هذه المشاركة السكنية أو نفــيها باعتبارها من مسائل الواقع التى تستخلصها المحكمة مما تطمئن إليه مــن أدلــة الدعــوى دون معقب عليها إلا أن ذلك مشروط بأن تقيم قضــاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله ، وأن تكون قد واجهت كل دفاع جوهرى يثيره الخصوم بما يقتضيه " .

(طعن رقم ٥١٦٩ لسنة ٦٢ ق ١٩٩٦/٣/٢٧)

٤- " المساكنة التى تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة حق البقاء بها بعد **وفاة المستأجر سواء كانوا من الأقــارب الذى عددتهم م ٢٩ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ المقابلة للمادة ٢١ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - أو من غيرهم. شرطه. وجوب إقامتهم فيها منذ بدء الإجارة واستمرارها دون انقطاع . توافرها للمســاكن . أثــره. حقه فى البقاء فى العين طوال مدة العقد والانتفاع بالامــتداد القانونى بعد انتهائها دون استلزام إقامة المستأجر الأصلى فيها.**

مصـــدر حقه فى ذلك ما تعارف عليه الملاك من تحرير عقد الإيجار باسم مستأجر واحد فى حالة تعددهم عند استئجار عين واحدة " .

(طعن رقم ١٧١٢ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٨/٤/١٦)

٥- " عقد إيجار المسكن ذو طابع عائلى يتعاقد فيه المستأجر ليقيم فيه مع أفراد أسرته ومن يتراءى له إيواؤهم " .

(طعن رقم ١٧٧٨ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٤)

(طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/٣/١٤)[(١)]

٦- " المساكنة التى تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة حق البقاء بها بعد وفاة المستأجر ســواء كانوا من الأقارب الذين عددتهم م ٢٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ – المقابلــة ٢١ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ – أو من غيرهم . شرطه. إقامـــتهم فيها منـــذ بدء الإجـــارة واستمرارها دون انقطاع. توافـــرها للمساكن. أثره . حقه فى البقـــاء فى العين طـــوال مدة العقد والانتفاع بالامـــتداد القانونى بعد انتهائها دون استلزام إقامة المستأجر الأصلى فيها. مصـــدرحقه فى ذلك ما تعارف عليه الملاك من تحرير عقد الإيجار باسم مستأجر واحد فى حالة تعددهم عند استئجار عين واحدة " .

(طعن رقم ٢٦٧٤ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/١/٣٠)

---

(١) راجـــع العطـــار فى شرح أحكام الإيجار الطبعة الثانية ص ٥٣٨- أبو الوفا فى التعليق على النصوص الإجرائية طبعة ١٩٨٢ ص ٢٦٣ وما بعدها – محمد عبد المجـــيد مـــرعى فى التعليق على نصوص قانون إيجار الأماكن طبعة ١٩٨٣ ص ٢١٩- ولم يخالف محكمة النقض فى هذا الاتجاه سوى الدكتور سليمان مرقس الذى كان أول من نادى بنظرية النيابة الضمنية والاشتراط لمصلحة الغير (راجع مرقس جـــ١ طبعة ١٩٨٢ ص ٧١٣ وما بعدها) .

٧- " المساكنة التى تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة حق البقاء بها بعد وفاة المستأجر سواء كانوا من الأقارب الذين عددتهم م ٢٩ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أو من غيرهم . شرطه. إقامتهم فيها منذ بدء الإجارة واستمرارها دون انقطاع . توافرها للمساكن . أثره. حقه فى البقاء فى العين طوال مدة العقد والانتفاع بالامتداد القانونى بعد انتهائها دون استلزام إقامة المستأجر الأصلى فيها . مصدر حقه فى ذلك ما تعارف عليه الملاك من تحرير عقد الإيجار باسم مستأجر واحد فى حالة تعددهم عند استئجار عين واحدة".

(طعن رقم ٣٥٥ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٨)

وهؤلاء المساكنون للمستأجر الأصلى لا تترتب لهم ثمة حقوق قبل المؤجر كما لا تترتب فى ذمتهم ثمة التزامات قبل المؤجر ويبقى المستأجر الأصلى هو الطرف الأصيل والوحيد فى التعامل مع المؤجر، فإذا ما أخل المستأجر بالتزاماته جازللمؤجر مقاضاته دون اختصامهم ويكون الحكم الصادر ضده حجة عليهم .

ولايحق للمساكن طلب إلزام المؤجربتحرير عقد إيجار أو إثبات العلاقة الإيجارية عن العين كلها أو جزء منها فى وجود المستأجر الأصلى.

أما إذا امتد الإيجار إلى المساكن بعد وفاة المستأجر أو تركه العين ، فإن المساكن يصبح مستأجرا أصليا، وإذا تعدد المساكنون وجب اختصامهم جميعا فى الدعاوى التى ترفع من المؤجر .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقيمون مع المستأجر الأصلى لاتترتب فى ذمتهم التزامات قبل المؤجـــرخلال فـــترة مشاركتهم المستأجر الأصلى فى السكن ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصيل والوحيد فى التعامل مع المؤجر ولايسوغ القول بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخذا بأحكام النيابة الضـــمنية انحـــرافا عن المبادئ العامة فى نسبية أثر العقد حين يقوم بإرادة النائب وينصرف أثره إلى الأصيل لأن هؤلاء ليسوا طبقا للقانون أطرافا فى عقـــد الإيجـــار ولا تـــربطهم بالمؤجر أية علاقات تعاقدية مباشرة أو غير مباشـــرة ســـــواء كانت إقامتهم فى بدايـــة الإيجار أو بعده وإنما تمتعهم بالإقامـــة فى العين كان قياما من المستأجر بالتزامات وواجبات أدبية ذات طـــابع خاص قابلة للتغيير والتعديل متعلقة به هو ولا شأن لها بالمؤجر ، وكيفية استعمال المستأجر لمنفعة المسكن مسألة عارضة لا تبرر فكرة المجاز القانونى على أساس النيابة الضمنية " .

(طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٤)

٢- " إن عقـــد الإيجـــار كغيره من العقود لايلتزم به غير عاقدية فلا تنصـــرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه إلا إلى طرفيه دون غيرهـــم كالمقيمين مع المستأجر ولو كانوا من أفـــراد أســـرته طالما بقى المســـتأجر على قيد الحياة يسكن العين المؤجرة و لم يتخل عنها ، بما لازمه القول بانتفاء وجود علاقة مباشرة أو غير مباشرة بين المؤجر وبين المقيمين مـــع المستأجر خلال فترة مشاركتهم له فى السكن ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصيل والوحيد فى التعامل مع المؤجر ، كما لايسوغ معه القول

بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخذا بأحكام النيابة الضمنية انحرافا عن المبادئ العامة فى نسبية أثر العقد حين يقوم بإرادة النائب وينصرف أثره إلى الأصيل لأن هؤلاء طبقا للقانون ليسوا أطرافا فى عقد الإيجار ولا تربطهم بالمؤجر أى علاقة تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم فى بداية الإيجار أو بعده ، وإنما تمتعهم بالإقامة فى العين كانت قياما من المستأجر بواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتبديل والتغيير متعلقة به هو ولا شأن لها بالمؤجر ، وكيفية استعمال المستأجر لمنفعة المسكن مسألة عارضة لا تبرر فكرة المجاز القانونى على أساس النيابة الضمنية ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وانتهى إلى أن الطاعنة — وهى زوجة المستأجر- لا تعتبر وولداها منه مستأجرين أصليين ، وإلى أن المطعون ضده الثانى هو الطرف الأصيل والوحيد فى التعاقد باعتباره مستأجرا فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١١٦٣ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢٠)

٣- " المساكنة تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة من غير الأقارب المنصوص عليهم فى المادة سالفة البيان ، حقا فى البقاء فيها بالرغم من ترك المستأجر لها أو وفاته بشرطه أن يثبت حصولها عند بدء الإيجار ، مادام أن إقامة هؤلاء المساكنين فى العين لم تنقطع فإنه يحق له الإفادة من الامتداد القانونى، فإن شغل هؤلاء للعين بعد ترك المستأجر لها أو فى حالة وفاته ، يكون له سنده القانونى ، ولا ينال من هذا النظر أن المشرع قد عدد فى

المـــادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فئات أقارب مستأجر عين للسكنى ممن يحق لهم الاستناد إلى مســاكنتهم له كـــى يمتد عقد الإيجار لصالحهم بعد وفاته أو تركه للعين، ذلك لأن تخصيصهم بالذكر فى النص لايــنفى حق من عداهم فى التمسك بالمساكنة وما رتبه القانون عليه من استمرارهم فيها فى الحالتين سالفتى الذكر، لأن حقهم مصدره ما تعارف المـــالكون والمستأجرون عليه فى استمرار واضطراد من تحرير عقد الإيجار باسم مستأجر واحد فى حالة تعددهم عند استئجار عين واحدة " .

(طعن رقم ٢٢٩٦ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٨)

٤- " المقـــرر – فى قضــــاء هذه المحكمة – أنه ولئن كان لعقد إيجار الأمـــاكن طابع عائلى وجماعى لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده ، بل ليعـــيش مع أفراد أسرته ولمن يتراءى له إيواءهم الذين لا تترتب فى ذمتهم التزامات قبل المؤجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأصلى فى السكن ، ويـــبقى هـــذا الأخير هو الطرف الأصلى والوحيد فى التعامل مع المؤجر ولايســـوغ القول بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرون أصليين أخذا بأحكام النيابة الضمنية انحرافا عن المبادئ العامة فى نسبية آثار العقد لأن هؤلاء ليسوا طبقا للقانون أطرافا فى عقد الإيجار ولا تربطهم بالمؤجر أيـــة علاقـــة تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم فى بداية الإيجـــار أو بعـــده وإنما تمتعهم بالإقامة فى العين كان قياما من المستأجر بالتزامات وواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتبديل متعلقة به هو ولا شأن لها بالمؤجر " .

(طعن رقم ١٥١١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

٢٢٦ـ هل يجب أن يسبق رضاء الموكل بالوكالة التصرف القانونى الذى يعقده الوكيل ؟

يذهب رأى إلى أنه سواء كان رضاء الموكل بالوكالة صريحا أو ضمنيا، فإنه يجب أن يسبق التصرف القانونى الذى يعقده الوكيل ، فإن كان لاحقا لم تكن هناك وكالة بل فضالة ، وكان رضاء رب العمل إقرارا لعمل الفضولى . ويترتب على ذلك أنه لايكفى أن يقوم شخص بتصرف قانونى لحساب آخر وباسمه حتى تكون هناك وكالة ، ولو قام هذا الشخص بالتصرف القانونى بعلم رب العمل ودون معارضة منه ، وإنما تكون هذه فضالة [1].

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الرضاء يمكن أن يستفاد من مجرد علم رب العمل بتدخل الفضولى دون أن يعترض عليه ، فإذا انتهى إلى علم الفضولى أن رب العمل يعلم بما يجرى خاصا بشأنه ، وأنه مع ذلك لم يبد اعتراضا عليه ، فحسبه ذلك لكى تصبح له صفة الوكيل عن رب العمل ، لأنه يصبح من حقه أن يفسر سكوت رب العمل على أنه إجازة لعمله ، والإجازة اللاحقة تعمل عمل الإذن السابق . خاصة أن المشرع المصرى لم ينقل حكم المادة ١٣٧٢ من القانون المدنى الفرنسى التى يفهم منها أن علم رب العمل بما يأتيه الفضولى لا يجعل منه وكيلا عن رب العمل مما يدل على أن المشرع المصرى أراد الرجوع إلى حكم القواعد العامة التى

---

(١) السنهورى ص ٤٩٢ – أكثم الخولى ص ٢٠٠ - ويذهب الدكتور أكثم الخولى إلى أن الصحيح أن الوكالة فى هذا الفرض لا تكون ضمنية بل تكون وكالة مفترضة تقترب من أن تكون نيابة قانونية أساسها العرف .

تقضى بأن : " من يتغاضى عن منـــع الغير من التدخل فى شأنه يعتبر كأنه قد وكله فيه " .

إنما يشترط أن يكون الفضولى على بينة من علم رب العمل حتى يمكن أن يقـــال بوجود وكالة ضمنية ، ذلك لأن الوكالة عقد ، والعقد يتطلب لانعقاده توافق إرادتين ، ولا يمكن أن يتم ذلك التوافق إذا كان الفضولى يجهل موقف رب العمل، إذ لا يمكن أن ينشأ عقد بين شخصين يجهل كل منهما إرادة الآخر .

ويستفاد من قضاء محكمة النقض أنها تأخذ بالرأى الأخير .

(راجع نقض طعن رقم ٥٧٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠ منشور ببند ٢١٩)

٢٢٧ـ إجبار الوكيل على الوكالة :

ذكـــرنا أن عقد الوكالة من العقود الرضائية ، ومقتضى ذلك رضاء الموكـــل بالوكالـــة ، إلا أن هناك حالة نص عليها قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ (المعدل) جعلت الوكالة جبرا على المحامى .

إذ نصـــت المـــادة ٦٤ مـــن القانون على أن : " على المحامى تقديم المساعدات القضائية للمواطنين غير القادرين وغيرهم فى الحالات التى ينص عليها هذا القانون، وعليه أن يؤدى واجبه عمن يندب للدفاع عنه بنفس العناية التى يبذلها إذا كان موكلا .

ولايجـــوز للمحامى المنتدب للدفاع أن يتنحى عن مواصلة الدفاع إلا بعد استئذان المحكمة التى يتولى الدفاع أمامها وعليه أن يستمر فى الحضور حتى تقبل تنحيته وتعيين غيره " .

ونصـت المادة ٩٤ على أن : " مع عدم الإخلال بحكم المادة السابقة يندب مجلس النقابة الفرعية محاميا للحضور عن المواطن الذى يتقرر إعفاءه من الرسـوم القضائية لإعساره . ويقـوم المحامى المنتدب للدفـاع عنه أمام القضاء بغير اقتضاء أى أتعاب منه ".

٢٢٨ـ التوكيل على بياض :

يجـوز صدور التوكيل من الموكل مع ترك بياض لتدوين اسم الوكيل فيه أو لتدوين التصرف محل الوكالة أو ترك بياض لتدوين الأمرين معا .

ويصدر التوكيل فى **الصورة الأولى** أى دون تدوين اسم الوكيل فيه- عـادة- إذا كان العمل محل الوكالة قليل الأهمية بالنسبة للموكل، أو هو مجرد إجراء شكلى يمكن أن يقوم به أى شخص .

ويحـدث ذلك - عادة- فى التوكيل الصادر من المساهم إلى الشركة المساهمة على بياض لتعيين من ينوب عنه فى الجمعية العمومية للشركة .

أو فى التوكـيل الصادر من عضو بمجلس إدارة جمعية أو ناد إلى مجلس إدارتـه لتوكـيل أحد أعضاء مجلس الإدارة فى حضور إحدى الجلسات. والتوكيل فى هذه الصورة إنما ينطوى على وكالتين ، **الأولى:** وكالة لمجلس إدارة الشركة أو الجمعية أو النادى لتوكيل أحد الأعضاء للقيام بالتصرف محل الوكالة.

والـثانى : وكالـة من مجلس الإدارة إلى العضو الذى يوكله فى القيام بالتصرف محل الوكالة ، وذلك تنفيذا للوكالة السابقة .

وهـــذه الوكالة صحيحة قانونا ، رغم ما يوجه إليها من سهام النقد ، إذ تـؤدى إلى ضعف دور المساهمين فى إدارة الشركة المساهمة أو ضعف أعضاء مجلس إدارة الجمعية أو النادى فى إدارة الجمعية أو النادى ، وترك الأمر مهيئا لسيطرة الحاضرين خاصة إذا كثرت عدد التوكيلات .

والصـــورة الثانية : للوكـــالة — وهى التى يترك فيها التصرف محل الوكالة على بياض — يلجأ إليها عادة فى عمل أو أكثر من أعمال الإدارة إذا كان هذا العمل غير معلوم وقت إصدار التوكيل .

وإذا عرف التصرف محل الوكالة وجب على الوكيل كتابته بالتوكيل دون زيـــادة ، أما إذا تجاوز حدود محل التصرف- والذى اتفق عليه بين الطرفين — فإن الغير حسن النية الذى تعامل مع الوكيل لا يضار من هذا الـــتجاوز وينفذ أثر التصرف فى حـــق الموكل . وللأخير الرجـــوع على الوكيل .

غـــير أنه يجب على الموكل أن يثبت أنه دفع التوكيل إلى الوكيل وفيه بـــياض مخصـــص لتعيين محل الوكالة فيما بعد . ولايجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها لأنه يثبت عكس ما هو ثابت بالكتابة ، ثم عليه إثبات حدود الوكالة المتفق عليها حتى يمكن التثبت من أن الوكيل فى ملئه للبياض قد جاوز هذه الحدود .

ويعتـــبر التوكيل على بياض بعد ثبوته مبدأ ثبوت بالكتابة على أن ما قام به الوكيل كان فى حدود الوكالة [1].

---

(١) راجع السنهورى ص ٥٠٥ وما بعدها — أكثم الخولى ص ٢٠٠ وما بعدها .

٢٢٩ـ التوكيل لحامله :

التوكيل لحامله ، هو ذلك الذى يصدر دون تحديد الوكيل ودون ترك بياض لكتابة اسمه فيه .

وقد ذهبت بعض الأحكام فى فرنسا إلى بطلان التوكيل لحامله لأن الوكالة من عقود الاعتبار الشخصى إذ تقوم على الثقة فى شخص من يختاره الموكل لتمثيل مصالحه فلا يمكن أن تصح إذا كانت لحاملها[١].

ولكن الراجح أن الوكالة تكون صحيحة رغم عدم تعيين الوكيل ، لأن هذه الصورة تتضمن وكالة صادرة إلى شخص معين هو من يتسلم التفويض غير المحدد يكلفه فيها الموكل بأن يختار بدلا عنه شخصا آخر يراه صالحا للقيام بالعمل موضوع الوكالة أى أن العملية لا تخرج من أن تكون سماحا للوكيل بإنابة شخص آخر عنه فى تنفيذ الوكالة وهذا جائز بلا خلاف وبنص القانون [٢].

٢٣٠ـ الشكل الواجب توافره فى الوكالة :

تنص المادة ٧٠٠ مدنى على أنه : " يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك " .

فالنص يوجب أن تتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة .

---

(١) باريس ٢٣ مايو ١٩١٩ .

(٢) أكثم الخولى ص ٢٠١ – السنهورى ص ٥٠٦ هامش (١) وما بعدها .

ولـــا كان الأصل أن التصرفات القانونية رضائية فإنه يجوز أن تكون الوكالـــة فى هـــذه التصـــرفات رضائية . ومثل ذلك عقد البيع والشراء والقـــرض والمقاولة والعارية والوديعة .. إلخ ، ولا ينال من رضائية عقد البـــيع تطلـــب قانون تنظيم الشهر العقارى تسجيله ، فذلك لم يغير من طبيعته كعقد رضـــائى ، وإنما عدل فقط آثاره بالنسبة للمتعاقدين والغير فجعل نقل الملكية مترتبا على تسجيل العقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان عقد البيع فى القانون المدنى المصرى- على ما أفصحت عنه المادة ٤١٨ منه — عقدا رضائيا ، إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصـــا بل ينعقد بمجرد تراضى المتبايعين ، وسواء كان فى حقيقته بيعا أو يســـتر هبة ، فإن الوكالة فى البيع تكون بدورها رضائية. ، ولا تستوجب شـــكلا خاصا لانعقاده عملا بالمادة ٧٠٠ منه ، وبالتالي فإن الوكالة فى البيع تخضع فى شكلها لقانون محل إبرامها " .

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/١٧)

٢- " قـــانون تنظيم الشهر العقارى فيما يتطلبه من تسجيل عقد بيع العقـــار لايضـــفى على هذا العقد شكلا رسميا معينا فهو لم يغير شيئا من طبيعـــته من حيث كونه من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها القانونية بمجـــرد توافق الطرفين وإنما قد عدل فقط آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم فجعـــل نقـــل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل متراخيا إلى ما بعد حصول التسجيل ،وإذ كان نص المادة ٧٠٠ من القانون المدنى يوجب أن يتوفر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل

الوكالـــة فـــإن الوكالة فى بيع وشراء العقار تكون هى أيضا رضائية ولا يســتوجب القـــانون شكلا رسميا لانعقادها . وهذا الأمر يستوى سواء أكانت الوكالة ظاهرة سافرة أم وكالة مستترة " .

(طعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤)

أمـــا إذا كان القانون يشترط توافر شكل معين فى التصرف محل عقد الوكالة ، فإنه يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك . سواء كان هذا الشكل هو الرسمية أو مجرد الكتابة .

وذهب رأى إلى أن نص المادة ٧٠٠ جاء عاما فى وجوب أن يتوافر فى الوكالـــة الشكل الواجب توافره فى التصرف القانونى محل الوكالة ، دون تميـــيز بين ما إذا كان الشكل قد تطلبه القانون لحماية المتعاقدين أو تطلبه لحمايـــة الغـــير . كما فعل ذلك أيضا فى الوعد بالتعاقد فأوجب لانعقاد الوعد أن يستوفى الشكل المعين لانعقاد التعاقد الكامل (م١٠١/٢) ، دون تمييز بين حالة وحالة . فوجب إذن الوقوف عند النص ، وعدم التمييز بين ما إذا كان الشـــكل مطلوبا لحماية المتعاقدين أو لحماية الغير [1].

بينما ذهب رأى آخر إلى أن مناط وجوب الشكل الواجب توافره فى التصـــرف القـــانونى محل الوكالة ، أن يكون اشتراط الشكل الرسمى فى التصرف الذى سيجريه الوكيل مقصودا به حماية المتعاقد الذى وكل غيره

---

(١) السنهورى ص ٥١٠ هامش (١) .

بإجـــراء هذا التصرف . أما إذا كان الشكل مشترطا لمصلحة الغير فإنه لا يلزم توافر هذا الشكل فى التوكيل [1].

ويســتدرك بعض أنصار هذا الرأى[2] بأنه يصعب فى القانون المصرى إيجاد مثال على شكل يشترطه القانون لمصلحة الغير [3].

وهذا ما يجعل التمييز الذى نادى به هذا الرأى ليس له ثمة أهمية عملية فى القانون المصرى .

ونرى الأخذ بالرأى الأول ، لا سيما وأن عبارات المشروع التمهيدى للتقــنين المدنى الجديد تساند عمومية نص المادة ٧٠٠ مدنى ، وأن الرأى الثانى لا يستند إلى مبررات قانونية واضحة .

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٥٣ – محمد كامل مرسى ص ٤٧٣- أكثم الخولى ص ٢٠٥ – جمال مرسى بدر ص ١٧٧ وما بعدها- وهذا الرأى يتفق مع رأى الفقه فى فرنسا حيث لا يوجد هناك نص صريح مقابل للمادة ٧٠٠ مدنى.

(٢) أكثم الخولى ص ٢٠٥ محمد كامل مرسى ص ٤٧٢ .

(٣) وكـــان ذلك موجودا فى القانون الملغى ، مثل التوكيل لإجراء استبدال الدين بواسطة نقل التأمينات ، فإنه بمقتضى المادة ٢٥٥/١٩١ لا ينفذ الاتفاق على نقـــل التأمينات على غير المتعاقدين إلا إذا كان حاصلا مع الاستبدال فى آن واحـــد بوثيقة رسمية ، والرسمية التى كان يشترطها القانون المختلط فى الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين (مادة ٢٢٧ مختلط) .

(أكثم الخولى ص ٢٠٥ هامش (٢) – محمد كامل مرسى ص ٤٧٣) .

فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" وإذا كـــان العمل القانونى المعهود به إلى الوكيل لا يقتضى شكلا خاصا ، كالبيع والإيجار ، فلا يشترط توافر شكل خاص فى الوكالة . أما إذا كـــان القـــانون يتطلب شكلا معينا فى هذا العمل ، كالرهن الرسمى والهبة ، فإن التوكيل يجب أن يتوافر فيه هذا الشكل . فالتوكيل فى رهن أو هبة يجب أن يكون فى ورقة رسمية . ويبين من ذلك أنه إذ اشترط القانون شـــكلا خاصا فى عقد معين ، وجب استيفاء هذا الشكل أيضا فى الوعد بـــهذا العقد (م ١٥٠ فقرة ٢ من المشروع) وفى التوكيل فيه (م٩٧٥ من المشروع) [1].

٢٣١ – حالـة وجـــود نـص يقضـى بغير القاعـدة الواردة بالمادة (٧٠٠) مدنى :

بعد أن نصت المادة ٧٠٠ مدنى فى صدرها على أن : " يجب أن يتوافر فى الوكالـــة الشـــكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة ... " أردفت بعبارة " ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك " .

والمقصـــود بالعبارة الأخيرة أنه إذا نص القانون على شكل معين يجب أن يـــتم فيه التوكيل فإنه يجب اتباع هذا الشكل ، دون النظر إلى ما إذا كـــان التصـــرف محل التوكيل يستوجب فيـــــه القانون شكلا ما أم لا يستوجب ذلك ، وبصرف النظر عن الشكل الذى يتطلبه القانون إن كان يتطلب فيه شكلا معينا .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٥ ص ١٩٢ .

ومثال ذلك التوكيل الصادر للمحامى أو التوكيل بالخصومة إذ نصت المادة ٥٧ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ (المعدل) بشأن إصدار قانون المحاماة على أن : " لا يلتزم المحامى الذى يحضر عن موكله بمقتضى توكيل عام أن يودع التوكيل بملف الدعوى ويكتفى بالاطلاع عليه وإثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة " (١).

٢٣٢ـ أمثلة للتصرفات التى يشترط فيها القانون شكلا معينا :

١- عقد الهبة بالنسبة للواهب :

رأينا عند شرح عقد الهبة أن القانون اشترط أن تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر (١/٤٨٨ مدنى)، أما إذا تمت هبة المنقول بالقبض ، فلا يشترط فيها الرسمية .

والرسمية واجبة بالنسبة لإيجاب الواهب فقط دون قبول الموهوب له .

وعلى ذلك تكون الرسمية لازمة فى توكيل الواهب للغير فى الهبة .

٢- محو قيد الرهن الرسمى (شطب الرهن الرسمى) :

تنص المادة ٤٥ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى (الواردة بالباب الخامس الخاص بأحكام القيد) على أنه : "لايجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى أو برضا الدائن بتقرير رسمى منه ومع ذلك يكتفى فى إجراء المحو فى حالة رهن الحيازة العقارى وحقوق الامتياز العقارية بإقرار عرفى على التوقيع فيه " .

وعلى ذلك يجب أن يكون التوكيل الصادر من الدائن للغير لإجراء المحو رسميا .

---

(١) السنهورى ص ٥١٢ .

أمـــا فى حالة التوكيل فى محو الرهن الحيازى العقارى وحقوق الامتياز العقاريـــة ، فيكفى أن يكون التوكيل الصـــادر للغير بإقرار عرفى مصدق على التوقيع فيه .

٣- عقد الشركة :

تنص المادة ٥٠٧ مدنى على أن :" يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كـــان باطلا ، وكذلك يكون باطلا كل ما يـــدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى فرغ فيه ذلك العقد " .

وعـــلى ذلك يجب أن يكون التوكيل الصادر للغير بإبرام عقد الشركة أو بإدخال تعديلات على عقد قائم مكتوبا فى ورقة عـــرفية ، وإلا كان التوكيل باطلا .

٤- التصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق ملكية السفينة أو غيره من الحقوق العينية عليها :

تـــنص المـــادة ١/١١ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بإصدار قانون التجارة البحرى على أن : " تقع التصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمى وإلا كانت باطلة " .

وبالترتيب على ذلك فإن توكيل الغير فى أحد التصرفات سالفة الذكر يجب أن يكون بورقة رسمية .

وكذلك كل توكيل صادر برهن السفينة ، لأن رهن السفينة لا ينعقد إلا بعقد رسمى (م٤١ من القانون رقم ١٩٩٠/٨) .

٢٣٣ـ القانون الذى يخضع له شكل العقود :

تنص المادة ٢٠ من التقنين المدنى على أن : " العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تخضع أشكال العقود والتصرفات لقانون البلد الذى أبرمت فيه. فإذا كان التوكيل المقدم من الشركة الطاعنة قد وثق بمعرفة السلطات الرسمية بيوغسلافيا وصدقت عليه وزارة الخارجية بها والقنصلية المصرية ببلغراد عملا بالمادة ١٤/٦٤ من القانون رقم ١٩٥٤/١٦٦- واعتمدت السفارة اليوغسلافية بالقاهرة ترجمة التوكيل إلى اللغة العربية بما يطابق اللغتين الأجنبيتين اللتين حرر بهما ثم صدقت وزارة الخارجية المصرية على إمضاء سكرتير السفارة المذكورة ، وكانت المطعون عليها لم تبد أى اعتراض على إجراءات توثيق التوكيل فى الخارج أو على ما يتضمنه هذا التوكيل أو على الترجمة الرسمية المدونة به فإن هذا التوكيل وقد استكمل شرائطه الشكلية والقانونية يكون حجة فى إسباغ صفة الوكالة للمحامى الذى قرر بالطعن " .

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٢/٧)

٢- " أشكال العقود والتصرفات — وعلى ما يجرى به قضاء النقض- تخضع لقانون البلد الذى أبرمت فيه ، لما كان ذلك فإنه لا وجه للتذرع

بشـــأن عقـــد الوكالـــة الصادر فى قبرص بأحكام قانون الشهر العقارى المصرى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق " أحوال شخصية"جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

٣- " المقـــرر أن أشكال العقود والتصرفات يخضع لقانون البلد الذى أبرمـــت فـــيه فـــلا وجه للتذرع بشأن عقد الوكالة الصادرخارج مصر بأحكام قانون الشـــهر العقارى والتوثيق المصرى رقم ١٤ لسنة ١٩٤٦ ، لما كان ذلك وكان الثابت من الورقة المقدمة من المحامى الذى رفع الطعن رقـــم ٦٤١ لســـنة ٦٠ق والمعنونة " توكيل خاص" أنها تتضمن شهادة صادرة من وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة بأن .... قد وكـــلا عـــنهما المحامى المذكور لاتخاذ إجراءات الطعن بالنقض فى الحكم المطعون فيه وذلك بصفتهما الصادر بها الحكم المطعون فيه وكان المطعون علـــيهما لم يتعرضـــا بأن إجراءات التوكيل التى تمت بدولة الإمارات قد وقعت بالمخالفة للقانون المعمول به فى هذه الدولة ، كما لم يقدم ما يفيد ذلك ومن ثم فإن هذا التوكيل حجه فى إسباغ الوكالة للمحامى الذى رفع الطعن المذكور" .

(طعنان رقما ٦٤١، ٦٦٨ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٨)

إثبات الوكالة :

٢٣٤ – عبء إثبات الوكالة :

يقـــع عبء إثبات الوكالة على عاتق من يدعيها . فإذا احتج الموكل على الوكيل بالوكالة ليطالبه بالتزاماته كان عليه إثبات هذه الوكالة. وإذا احتج الوكيل على الموكل بالوكالة لمطالبته بما أنفق من مصروفات مثلا ، كان على الوكيل إثبات الوكالة .

وإذا احـــتج الغـــير على الموكل بالوكالة ليرجع عليه بآثار التصرف القـــانونى الذى عقده مع الوكيل كان على الغير أن يثبت الوكالة ومداها وأن الوكيل قد تصرف فى نطاقها [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" عـــبء إثـــبات الوكالة يقع على من يدعيها ، فإذا احتج الغير على الموكل بالوكالة ليرجع عليه بآثار التصرف القانونى الذى عقده مع الوكيل كـــان عـــلى الغير أن يثبت الوكالة ومداها ، وأن الوكيل قد تصرف فى نطاقها حتى يستطيع إلزام الموكل بهـــذا التصرف ، إذ الوكيل لا تكون له صـــفة الوكالـــة عن الموكل إذا عمل باســـم هذا الأخير وجاوز حدود الوكالة" .

(طعن رقم ٢٥٨ لسنة ٣٥ جلسة ١٩٦٩/٥/١٥)

ولم يـــرد بالقانون المدنى الجديد نص مقابل للمادتين ٦٣٤/٥١٨ من القـــانون القديم اللتين تخولان لمن يتعامل مع الوكيل الحـــق فى أن يطالبه بـــتقديم صـــورة رسمية من التوكيل ليتفادى مغبة إنكار التوقيع أو إساءة استعمال التوقيع على بياض .

عـــلى أن حـــذف هذا النص لا ينفى أن لكل شخص يتعامل مع الوكيل الحـــق فى أن يتحرى صفته وحدود تلك الصفة ، فللغير أن يطالب بتقديم صورة رسمية من سند التوكيل وإلا كان له أن يرفض التعامل مع الوكيل ، إلا إذا كان مزودا بتوكيل مصدق فيه على إمضاء الموكل [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٧٧ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٥٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل فى قواعد الوكالة — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها ، وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن قصر فعليه تقصيره . وإن تصرف الشخص كوكيل دون نيابة فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصيل ويستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى تعاقد مع الوكيل عالما بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٤)

٢٣٥ـ إثبات الوكالة الصريحة :

أ) — الوكالة المكتوبة :

عادة تكون الوكالة مكتوبة ، سواء كانت رسمية أو عرفية ، وفى هذه الصورة يسهل إثبات الوكالة سواء فيما بين الطرفين أو بالنسبة للغير . ويكون ذلك بإبراز التوكيل المكتوب .

وإذا كان التوكيل رسميا ، تثبت له حجية المحرر الرسمي ، ،وإذا كان عرفيا ثبتت له حجية المحرر العرفى .

ويقوم مقام الكتابة إقرار الخصم بالوكالة وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد استدل على وكالة المطعون عليه الثانى عن الطاعنين من إقرارهم بأنه كان وكيلا عنهم فى إدارة أموالهم والتعامل باسمهم حتى إلغائهم التوكيلات المذكورة ، وفى هذا ما يقوم مقام الكتابة فى إثبات الوكالة وتغنى عن تقديم صورة رسمية منها " .

(طعن رقم ١٠٧٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٨)

(ب)- الوكالة الشفوية :

ليس لإثبات الوكالة الشفوية قواعد خاصة . وإنما تسرى عليها القاعدة العامــة فى الإثبات المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة ٦٠ من قانون الإثـبات الــتى تقضى بأنه : " فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شـهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

ويجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (م٦٢/١ من قانون الإثبات) . ويجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى فى الحالتين الآتيتين:

١- إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى.

ومــثل ذلــك إثبات الوكالة بين الزوجين والأقارب والأصهار ، وإذا جــرى العرف بألا تؤخذ كتابة ، كما هو الأمر فيما بين السيد والخادم والمخدوم والمستخدم ، ورب العمل والعامل [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كانت محكمة الموضوع قد كيفت العلاقة بين الطرفين بأنها عــلاقــــة مقــرض بمقترض لا وكالة بالعمولة وأقامت قضاءها فى هذا الخصــوص على ما استخلصته من شهادة الشهود ومن القرائن الماثلة فى الدعــوى استخلاصا سائغا فلا وجه للنعى عليها بالخطأ فى التكييف ولا

---

(١) السنهورى ص ٥١٦ وما بعدها .

للقول بأن الدائن لم يقدم دفاتره التجارية رغم تكليف المحكمة له بذلك – إذ بحسب المحكمة بعد اقتنعت من الأدلة التى أوردتها فى حكمها بحقيقة العلاقة بين الطرفين أن يقوم قضاؤها عليها " .

(طعن رقم ٣٠٠ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١١/٧)

٢- "من المقرر أن المادة ٦٣ من قانون الإثبات تبيح إثبات عقد الوكالة بالبينة فى حالة وجود مانع أدبى لدى صاحب الحق من الحصول على سند بالكتابة ممن تعاقد معه ، وأن المانع كما يكون مادياً يجوز أن يكون أدبياً، وتقدير وجود المانع أو عدم وجوده فى جميع الأحوال يدخل فى سلطة قاضى الموضوع بلا رقابة عليه من محكمة النقض، فمتى رأى القاضى من ظروف الدعوى أن لعلاقة الأبوة بين الطاعن والمدعى بالحقوق المدنية قيام هذا المانع وقبل إثبات الوكالة بالبينة فلا معقب على رأيه فى ذلك، ذلك أن تقدير المانع من الحصول على الكتابة من أمور الموضوع التى تفصل فيها المحكمة وجوداً أو عدماً تبعاً لوقائع كل دعوى وملابساتها ، ومتى قالت المحكمة بقيام هذا المانع بناء على ما تذكره فى حكمها من أسباب فلا تقبل المناقشة فى ذلك أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٤٦٨٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/١٢/١١)

٢- إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه (م٦٣ ق قانون الإثبات) .

وقاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة – كالشأن فى قواعد الإثبات عامة – مما لايتعلق بالنظام العام ويجب على الخصم التمسك بها ، ولايجوز

التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض لأنها تتصل بواقع لم يطرح على محكمة الموضوع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنـــه وإن كان عقد الوكالة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة إذا زاد مجموع التصـــرف محـــل الوكالة على عشرة جنيهات إلا أنه إذا كان الموكل لم يتمســـك بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فإنه لا يملك التحدى به أمام هـــذه المحكمة لأول مرة لأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ولأنه لايجوز أن يثار أمام هذه المحكمة إلا ما كان معروضا على محكمة الموضوع من أوجه الدفاع " .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨)

وواضـــح مـــن المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات أنه إذا كان التصرف القـــانونى محل الوكالة تجاريا فإنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية ولـــو جاوزت قيمة التصرف خمسمائة جنيه بالنسبة للشخص الذى يعتبر التصرف تجاريا بالنسبة له. كما إذا كان الموكل تاجرا وكان التصرف محل الوكالـــة متعلقا بعمل من أعمال تجارته ، أو كان الموكل غير تاجر ولكن التصـــرف محـــل الوكالة كان عملا تجاريا وتعتبر الوكالة تجارية بالنسبة للوكيل إذا كان الوكيل تاجرا وكانت الوكالة تدخل فى أعمال تجارته .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

" اتفـــاق الطرفين على القيام بعمل تجارى هو استغلال مطحن يجعلهما تاجرين . وإذ كـــان تفويض المطعون ضـــده الأول للطاعن ينطوى على

أعمــال تتصــل بـــهذا العمل ولازمةله ، فإن هذه الأعمال تعتبر هى الأخرى أعمالا تجارية تطبيقا لمبدأ الأعمال التجارية بالتبعية المنصوص عليه فى الفقــرة التاســعة من المادة الثانية من قانون التجارة . وغير صحيح ما يقوله الطاعن من أن العمل التجارى يعتبر مدنيا بالتبعية لتلك الأعمال لأنه هو الأصل والأصل لايتبع الفرع. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد رتب على هذا النظر بحق اعتبار عقد الوكالة تجاريا وأجاز إثباته بالبينة ورد على دفاع الطاعن فى هذا الصدد ، فإن النعى عليه بـــهذين السببين يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٥٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٨)

ويجوز إثبات الوكالة أيضا بالإقرار واليمين .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا طولب المدعى عليهم بريع أطيان مدعى وضع يدهم عليها ، وبنيت المطالبة على ورقة صادرة من أحدهم تعهد فيها عن نفسه وبصفته وكـــيلا عـــن إخوتـــه الباقين بالتزامهم للمدعى عليهم بريع ما زاد على نصيبهم من الأطيان المتفق بموجب هذه الورقة على اختصاصهم بها مؤقتا حتى تتم القسمة القضائية بين الجميع ، وكان سائر المدعى عليهم لم ينكروا هـــذه الوكالة و لم ينازعوا فيها فى أى دور من أدوار التقاضى ، وقصروا دفـــاعهمعـــلى أنشـــقيقهم (الوكـــيل) هـــو واضـــع اليـــد دونهم ، فاستخلصـــت المحكمـــة من ذلك أنهم مسلمون بالوكالة و لم تطلب ورقة التوكـــيل بل قضت فى الدعوى على أساس الالتزام الثابت عليهم بموجب تلـــك الورقة، فحكمها هذا لا مخالفة فيه للقانون ولا إخلال بحق الدفاع ولا بقصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/٣)

٢- " إذا كان الحكم قد استند فى إثبات الوكالة فى التأجير إلى إقرارات الموكل سواء فى دفاعه أمام محكمة الموضوع أو فى شكوى إدارية وإلى أقوال الوكيل فى شكوى إدارية من أنه استأجر ماكينة لحساب الموكل فإن هذا الاستناد لا مخالفة فيه للقانون لأن تنفيذ الوكالة أو الإقرار بها صراحة أو ضمنا من الأدلة التى يجيزها القانون لإثبات الوكالة أو لإعفاء الخصم من تقديم الدليل عليها " .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨)

٣- " إذا استند الحكم فى إثبات الوكالة إلى إقرارات الموكل فى دعوى جنائية ودفاعه فى دعوى أخرى ، فلا مخالفة فى ذلك للقانون لأن تنفيذ الوكالة أو الإقرار بها صراحة أو ضمنا من الأدلة التى يجيزها القانون لإثبات الوكالة أو لإعفاء الخصم من تقديم الدليل عليها " .

(طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١)

٤- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استدل على وكالة المطعون عليه الثانى عن الطاعنين من إقرارهم بأنه كان وكيلا عنهم فى إدارة أموالهم والتعامل باسمهم حتى إلغائهم التوكيلات المذكورة ، وفى هذا ما يقوم مقام الكتابة فى إثبات الوكالة وتغنى عن تقديم صورة منها " .

(طعن رقم ١٠٧٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٨) [١]

---

(١) **كما قضت بأن :**

" إذ كان الثابت أن الطاعن الأول قد وقع على محضر الشرطة – المتضمن عقد بيع – دون أن يذكر شيئا عن نيابته عن أولاده فى هذا التصرف ،فإن =

" ثبوت الوكالة الاتفاقية أمر موضوعى يتوقف على فهم المحكمة للواقعة متى كان استخلاصها سائغا وله سنده من أوراق الدعوى " .

٢٣٦ـ سريان قواعد الإثبات السابقة على الغير :

تسرى قواعد الإثبات سالفة الذكر على الغير الذى يريد إثبات الوكالة فى مواجهة الموكل . فلا يجوز له إثبات الوكالة بغير الكتابة إذا كانت قيمة التصرف محل الوكالة تجاوز خمسمائة جنيه ، ما لم يكن التصرف تجاريا . وقد علل البعض سريان قواعد الإثبات هذه على الغير كالمتعاقدين تماما ، بأن الغير يعتبر خلفا للوكيل لا تتجاوز حقوقه حقوق سلفه [١].

بينما عللها البعض – بحق – بأن الغير يتأثر بالوكالة كما لو كان طرفا فيها ، فهو فى موقف يقترب من المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير إذ المنتفع يعتبر الاشتراط لمصلحته بالنسبة إليه تصرفا قانونيا لا واقعة مادية [٢].

٢٣٧ـ إثبات الوكالة الضمنية :

لاشك فى جواز إثبات القبول الضمنى للوكالة بكافة طرق الإثبات ، طالما أنه يمكن استنتاج القبول من مجرد أداء العمل الموكول فيه كما رأينا

استخلاص الحكم لنيابة الطاعن الأول عن أولاده من توقيعه على المحضر سالف الذكر يكون معيبا لا تؤدى إليه عبارات ذلك المحضر . ولايغير وجه الرأى كون الطاعن الأول وكيلا عن أولاده ، لأن ذلك لا يجعل توقيعه على المحضر منصرفا إليهم مادام أنه لم يعلن وقت التوقيع أن يوقع نيابة عنهم " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/١٨)

(١) محمد على عرفه ص ٣٥٩ – ويذهب الدكتور أكثم الخولى ص ٢٠٦ إلى أن ذلك يخالف القواعد العامة التى تبيح إثبات العقد بكافة الطرق لمن ليس طرفا فيه . وأنه من الخطأ القول بأن الغير يعتبر خلفا للوكيل .

(٢) السنهورى ص ٥١٨ .

سـلفا ، فتلك واقعة مادية يجوز إقامة الدليل عليها بأية وسيلة من وسائل الإثبات وأخصها البينة والقرائن [١].

أمـا إثـبات إيجاب الموكل فى الوكالة الضمنية ، فقد ذهب رأى إلى وجـوب التقيد بالقواعد العامة لإثبات الوكالة الصريحة ، استنادا إلى أن الوكالـة عقـد وأن القانون لم يستثنها إذا انعقدت بالرضاء الضمنى من القواعد المقررة لإثبات العقود [٢].

بينما ذهب رأى آخر إلى أنه يجوز إثبات الوكالة الضمنية بكافة وسائل الإثبات ، ذلك لأن مسألة قبول الإثبات أو عدم قبوله تتحدد وفقا للوقائع المـراد إثباتها لا وفقا للنتائج التى تترتب على إثبات هذه الوقائع. وواضح أن مـن يدعى وجود وكالة ضمنية إنما يرمى إلى إثبات الوقائع المادية التى يمكن أن يستنتج منها وجودها ، كواقعة إرسال المستندات المتصلة بالعمل الموكـل فـيه ، أو اعتياد المخدوم أن يتعامل نسيئة مع التاجر وأن يرسل خادمـه للـتعامل معه أو غير ذلك من الوقائـع التى تقوم عليها الوكالة الضمنية . ولايقيد من حرية إثبات هذه الوقائع أن يؤدى إثباتها إلى إثبات قـيام رابطـة قانونية بين المدعى والمدعى عليه ، لأن هذه الرابطة لم تكن بذاتها محلا للإثبات ، ولكنها استنتجت من إثبات الوقائع المادية التى تستند إليها الوكالة . وإثبات هذه الوقائع جائز بكل وسائل الإثبات [٣].

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٠ .

(٢) مشـار إليه فى مـؤلف محمد كامل مرسـى ص ٤٧٦ ومؤلف أكثم الخولى ص ٢٠٦ .

(٣) محمـد على عرفه ص ٣٦١ وما بعدها- أكثم الخولى ص ٢٠٦ هامش (٢)- السـنهورى ص ٥٠٣ ومـا بعدها – المنصورة الابتدائية ١٩٤٤/٢/٦- قنا الابتدائية ١٩٢٨/٣/١٠ .

وعلى ذلك يكون لمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها فى الدعوى ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية . ولا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض ، طالما استخلصت المحكمة قيامها من وقائع ثابتة بالأوراق تؤدى عقلا إلى النتيجة التى انتهت إليها .

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الثانى فى قضائها ، إذ ذهبت إلى أن:

١- " إذا كانـــت محكمة الموضوع قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية من المستندات المقدمة لهاومـــن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية فى تسلم مورث المطعون عليهم الرسائل المشحونة — محل الـــنـــزاع — من مصلحة السكك الحديدية نيابة عن الشاحن ، وكانت الوكالة الضمنية فى هذا الخصوص مما يجوز إثباته بالقرائن وقد استخلصت المحكمة قيامها من وقائع ثابتة بالأوراق تؤدى عقلا إلى النتيجة التى انتهت إليها فإن المجادلة فى تقديرالدليل على قيام تلك الوكالة جدل موضوعى لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٢/١٥)

٢- " إذا كان لمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها فى الدعوى ، ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية ، وكان الذى خلص إليه الحكم المطعون فيه سائغا ، ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها، فـــإن ما يثيره الطاعنان فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الدليل " .

(طعن رقم ٢٧٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٢/٢)

٣- " إذا كان التحقق من توافرصفة النيابة من الخصم أو عدم توافرها مسـألة موضـوعية ، وكان الحكم قد نفىهذه الصفة عن المطعون عليه الثالـث بأسـباب سائغة لها أصل ثابت بالأوراق وتؤدى عقلا إلى المعنى الذى خلص إليه ، فإن الجدل فى ذلك لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا تنحسر عنه رقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٩٨ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/١/٢٦)

٤- " لمحكمـة الموضوع — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن تستخلص من هذه المستندات المقدمة لها فى الدعوى ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية " .

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٣)

٥- " المقرر أن جميع التصرفات القانونية التى يجوز للشخص أن يقوم بهـا قـد يباشرها بنفسه أو بمن ينوب عنه قانونا سواء كانت هذه النيابة قانونـية أو قضائية أو اتفاقية ، وكانت النيابة الاتفاقية لا يشترط لقيامها بحسب الأصل شكلا معينا ، ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية ، ولـئن كان إيداع ثمن العقار المشفوع فى خزينة المحكمة وفى الموعد الذى حـدده القـانون من الإجراءات اللازمة لقبول دعوى الشفعة وإلا سقط الحـق فى طلـبها إلا أنه إجراء سابق على رفعها ولا يعتبر من إجراءات الدعوى ذاتها التى تبدأ بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة ومن ثم يكون الوفـاء بهـذا الالتزام الذى فرضه القانون جائزا من الوكيل ولو لم تكن وكالـته رسمية ، لما كان ذلك وكان لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى

تفسير صيغ المحررات مادام تفسيرها لها سائغا ولاتخرج عن حقيقة مدلولها، وكان الحكم المطعون فيه قد استدل على نيابة ابن المطعون ضده الثانى عن المطعون ضده الأول فى إيداع الثمن بما ورد بعبارات محضر الإيداع من أنه أودع المبلغ المودع لحسابهما معا وعلى ذمة دعوى الشفعة المزمع إقامتها منهما ، وكان هذا الاستدلال سائغا ، فإن النعى عليه بسبب النعى يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٨٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/١/٢٤)

٦- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع هو المصدر القانونى الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية وفقا لما تقضى به المادة ١/١٤ من قانون الإثبات ، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده ركن فى إثبات صدور وكالة من الطاعن ، إليه إلى صورة من الإقرار المؤرخ ٣١ من يناير سنة ١٩٨٨ المنسوب صدوره إلى رئيس اللجنة الاستئنافية المختصة بنظر التظلم من تقدير ثمن الأرض مشترى الطاعن وما تضمنه هذا الإقرار من قيامه بتقديم التظلم إلى اللجنة المذكورة ومباشرته أمامها وحضور المعاينة التى أجرتها للأرض محل التقدير ، وكانت تلك الصورة لا تصلح دليلا على قيام الوكالة لأنها لا تحمل توقيعا للطاعن فإن الحكم إذ عول عليها وحدها لإثبات قيام الوكالة بين الطاعن والمطعون ضده ورتب على ذلك قضاءه بأحقية الخبير فى مبلغ الأتعاب المقضى به فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٦٩٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٨)[1]

٢٣٨ـ إثبات الوكالة فى الحضور أمام المحاكم :

أنظر بند (٢٥٢) .

---

(١) منشور فى التقنين المدنى جـ٣ للدكتور المستشار محمد شتا ص ١١٥.

موضوع رقم (٢٤)

(المحل والسبب فى عقد الوكالة)

(أولاً)

(المحل فى عقد الوكالة)

٢٣٩ـ تطبيق القواعد العامة :

يجب أن تتوافر فى محل الوكالة ، الشروط الواجب توافرها فى محل العقد بصفة عامة ، باعتبار أن الوكالة عقد كسائر العقود . وهدا ما سنعرض له بإيجاز فى البند التالى .

٢٤٠ـ الشروط الواجب توافرها فى محل عقد الوكالة :

١ـ أن يكون التصرف ممكنا :

يجب أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة ممكنا ، فإذا كان مستحيلا كان باطلا لأنه لا التزام بمستحيل ، وكانت الوكالة باطلة لبطلان التصرف .

واستحالة المحل قد تكون استحالة مادية ، كما إذا وكل شخص آخر فى شراء منزل ، كان قد استحال فى تاريخ سابق أنقاضا بسبب غارة جوية دون أن يعلم الموكل ذلك [١]. أو التوكيل فى تصرف تم إنجازه قبل التوكيل .

وقد تكون الاستحالة قانونية ، كتوكيل المحامى فى الطعن فى حكم بطريق الاستئناف أو النقض ، بعد فوات ميعاد الطعن فيه .

---

(١) محمد على عرفه ٣١٥.

وقـــد يكون الفعل ممكنا ومع ذلك لا يجوز التوكيل فيه ، لأنه يتطلب بطبيعـــته أن يباشره الشخص بنفســـه كحلف اليمين ، أو يكـــون من التصرفات التى تعلق صحتها بصـــدورها من صـــاحبها شخصيا كالوصية المكتوبة بخط الموصى [1]، أو التوكيل فى الإمضاء لأنه لابد أن يصدر من صاحبه .

غـــير أن الموكل يكون مسئولا نحـــو الغير حسن النية الذى يجهل أن الإمضـــاء ليس بخط الموكل ، كما لو كـــان الإمضـــاء بخطه ، مادام أن الموكل هو الذى طلب إلى الوكيل كتابة الإمضاء [2].

٢ـ أن يكون التصرف معينا أو قابلا للتعيين :

يجـــب أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة معينا أو قابلا للتعيين . فإذا وكل شخص آخر وجب عليه أن يعين التصرف الذى وكله فيه تعيينا نافيا للجهالة .

غير أننا سنرى أن المادة ٢/٧٠٢ مدنى تقضى بأنه فى الوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع التصرفات القانونية تصح الوكالة ولو لم يعين محل هذا التصرف على وجه التخصيص ، إلا إذا كان التصرف من التبرعات . فإذا كان التصرف محل الوكالة من أعمال التصرف وكان من عقود المعاوضة فإنه يكفى ذكر نوع التصرف محل الوكالة كالبيع أو الرهن أو الصلح أو القـــرض ، دون أن يعين محل التصرف على وجه التخصيص، بأن يوكل

---

(١) أكثم الخولى ص ٢٠٤ .

(٢) السنهورى ص ٥٣٥ هامش (٢) .

الشخص فى بيع منـــزل معين أو أرض بذاتها أو الصلح فى نـــزاع معين . أمـــا إذا كان التصرف من عقود التبرع فإنه يجب ذكر نوعه ومحله ، فإذا كان التوكيل فى هبة وجب تعيين الشئ الموهوب ، كأن يوكل الشخص فى هبة منـــزل معين أو سيارة بذاتها .

وإذا لم يكـــن التصرف محل الوكالة معينا ، وجب على الأقل أن يكون قابلا للتعيين ، مثل أن يوكل المالك ناظر زراعته فى إدارة الزراعة دون أن يعين على وجه التحديد التصرفات القانونية محل التوكيل . ففى هذه الحالة تكون هذه التصرفات قابلة للتعيين ، فهى كل تصرف يتعلق بإدارة الزراعة كإيجار الأرض وأعمال الحفظ والصيانة وشراء البذور والأسمدة ومبيدات الحشرات ونوعها واستئجار عمال الزراعة والآلات الزراعية وبيع المحصول واستيفاء الحقوق ووفاء الدين .

٣ـ أن يكون التصرف مشروعا :

يجب أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة مشروعا . بمعنى ألا يكون مخالفا للقانون أو للنظام العام أو الآداب . وإلا كانت الوكالة باطلة .

ومثل ذلك أن يوكل شخص آخر فى شراء مخدرات أو فى عرض رشوة أو قبضـــها أو ارتكـــاب جـــريمة قتل أو سرقة أو فى الاتفاق مع امرأة على معاشرة غير مشروعيته أو إيجار منـــزل لممارسة أعمال منافية للآداب .

وكذا التوكيل فى المراهنة أو المقامرة ، لأن كل اتفاق خاص برهان أو بمقامـــرة بـــاطل لعدم مشروعية (م٧٣٩ مدنى) على أن يستثنى الرهـــان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية وما رخص فيه قانونا من أوراق اليانصيب (م٤٧٠ مدنى) .

وتكــون صحيحة الوكالة في قبض دين القمار ، ذلك أن قبض الدين منفصلا عن القمار مشروع فتكون الوكالة فيه مشروعة . أما إذا كانت الوكالــة في لعـــب القمار وفي قبض دينه أو دفعه فالوكالة باطلة في كل ذلك، لأن الوكالة في قبض دين القمار أو دفعه تصبح في هذه الحالة تابعة للوكالة في لعب القمار وتكون باطلة تبعا لها [1].

. ويعتـــبر كذلك من قبيل التوكيل بتصرف غير مشروع أن يوكل أحد المذكوريـــن في المـــادة ٤٧١ [2] من القانون المدني الجديد غيره في شراء الحقـــوق المتـــنازع فيها إذا كان النظر في النـــزاع يدخل في اختصاص المحكمـــة الـــتي يباشرون أعمالهم في دائـــرتها . إذ يترتب على تحريم هذا التصرف على هؤلاء الأشخاص أن يصبح غير مشروع بالنسبة لهم ، فلا يجوز توكيل غيرهم [3].

وليس هناك ما يمنع من توكيل شخص في مباشرة عمل لا يصح له أن يباشره لحسابه . وبناء على ذلك يجوز توكيل أحد الأشخاص المذكورين في المـــادة ٤٧١ ســـالفة الذكر لشراء الحقوق المتنازع فيها المحرم عليهم شـــراؤها لأنفسهم . وتطبيقا لذلك أيضا يجوز توكيل الوكيل بالبيع في

---

(١) السنهوري ص ٥٣٨ .

(٢) تـــنص المـــادة ٤٧١ مدني على أن : " لايجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكـــم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مســـتعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النـــزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتـــها وإلا كان البيع باطلا " .

(٣) محمد علي عرفه ص ٣٦٥ .

شراء الشئ لحساب شخص ثالث ، مع أنه محظور عليه أن يشترى لنفسه ما هو موكل فى بيعه (م ٤٧٩ مدنى) . وهذا مشروط بعدم التحايل على المنع فإذا ثبت أن المشترى الحقيقى هو الوكيل ، وأن المشترى الظاهر إنما جئ به لدفع البطلان والتحايل على نص القانون ، فالبيع باطل. كما أنه لشروط أيضا بالحصول على ترخيص من الأصيل (م١٠٨ مدنى) [1].

٢٤١ـ جزاء تخلف شروط محل الوكالة :

إذا تخلفت شروط محل الوكالة الثلاثة سالفة الذكر أو تخلف بعضها ، كانت الوكالة باطلة .

ويترتب على البطلان اعتبار الوكالة كأن لم تكن ، فيعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد . ويجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان .

وإذا كان الوكيل لم يقم بتنفيذ الوكالة ، فإنه لا يلتزم بتنفيذها، ولايجوز للموكل مطالبته بذلك .

أما إذا كان قد قام بتنفيذها ــ وهذا يحدث فى الوكالة غير المشروعة- فإنه لا يجوز لأى من الموكل والوكيل مطالبة الآخر بآثار الوكالة ، فلو وكل شخص آخر فى إدارة منزل لأغراض منافية الآداب ، وحقق كسبا من وراء ذلك ما جاز للموكل مطالبته بهذا الكسب .

---

(١) محمد على عرفه ٣٦٥ هامش (٦) وما بعدها .

أما إذا كانت الوكالة مأجورة ، أوكان الوكيل قد أنفق مصروفات فى تنفيذ الوكالة ، فإن الموكل يلتزم بدفع الأجر والمصروفات إذا كان الوكيل حسن النية ، وأقدم على قبول الوكالة وتنفيذها وهو يجهل عدم مشروعية العمل الموكل فيه ، ويقع على عاتق الموكل عبء إثبات علم الوكيل بأن محل الوكالة غير مشروع [١].

. غير أن الوكيل لا يستند فى مطالبته بالأجر ورد النفقات إلى عقد الوكالة ، ذلك أن عقد الوكالة أصبح باطلا ، ولا يزيل هذا البطلان تنفيذ الوكالة ، إنما يستند إلى المسئولية التقصيرية ، ويقع على عاتق الوكيل عبء إثبات خطأ الموكل[٢] .

٢٤٢- التصرفات التى يصح أن تكون محلا للوكالة :

تجوز الوكالة فى أى تصرف قانونى تتوافر فيها شروط المحل الثلاثة التى ذكرناها سلفا . ويستوى أن يكون التصرف القانونى عقدا أو تصرفا من جانب واحد . فيصح التوكيل فى البيع والشراء والرهن والارتهان والإيجار والاستئجار وفى سائر العقود الأخرى . كما يصح التوكيل فى الوصية وفى قبولها وفى قبول الاشتراط لمصلحة الغير وفى تطهير العقار المرهون وكذلك فى الإدلاء باعتراف وفى توجيه اليمين .

ويصح التوكيل فى الزواج والطلاق .

---

(١) السنهورى ص ٥٤٤ وما بعدها – محمد على عرفه ص٣٦٦ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٦٦

ولكن الوكالة لا تجوز فى بعض التصرفات التى يعتبرها القانون شخصية محضة كحلف اليمين (م ٢/١١٥ من قانون الإثبات) أو التصرفات التى تعلق صحتها بصدورها من صاحبها كالوصية المكتوبة بخط الموصى [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" ويلاحظ فى التعريف أن المادة ٩٧٢ من المشروع نصت صراحة على أن الوكيل يلتزم بأن يقوم بعمل قانونى ، فيصح التوكيل فى البيع والشراء والـــرهن والارتهان والإيجار والاستئجار وفى سائر العقود الأخرى . كما يصـــح التوكيل فى الوصية وقبولها وفى الاشتراط لمصلحة الغير وفى تطهير العقار المرهون وكل هذه أعمال قانونية منفردة . وكذلك يجوز التوكيل فى الإدلاء باعـــتراف وفى توجيه اليمين وفى الدفاع أمام القضاء ، وهذه كـــلها إجراءات قضائية تابعة لعمل قانونى هو إبداء الطلبات أمام القضاء نـــيابة عن الموكـــل (a cte de conclure). ويلاحظ أن القيام بعمل قـــانونى قـــد يستتبع القيام بأعمال ماديـــة ملحقة به وتابعة له . أما إذا كـــان العمل المعهود به قد تمخض عملا ماديا ، فالعقد لا يكون وكالة فالـــتعاقد مع طبيب لإجراء عملية جراحية أو مع مهندس لبناء منـــزل لا يعتبر توكيلا" [٢].

٢٤٣- مدى سعة الوكالة :

تـــتحدد مدى سعة الوكالة وبيان ما إذا كان تصرف معين داخلا فى حدودهـــا أو خارجـــا عن تلك الحدود أو مدى سلطة الوكيل فى هذا

---

(١) أكثم الخولى ص ٢٠٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ١٩٠ وما بعدها .

التصـــرف ، وفـــق إرادة الطرفين وما ينفقان عليه فى عقد الوكالة ، وما يستخلصـــه القاضـــى من إرادتهما ولو لم تثبت فى عقد الوكالة — كما ســـنرى — وقـــد تتسع سلطة الوكيل فتشمل كافة التصرفات أو تضييق لتنحصر فى تصرف واحد .

وقـــد تتسع حرية الوكيل فى تنفيذ الوكالة وقد تضيق حريته فى ذلك طبقا لما يتفق عليه .

وقـــد يصـــل الموكل فى تقييد حرية الوكيل إلى حد أن يحرمه من كل تقدير، ولايبقى للوكيل ~~إلا أن ينفذ تنفيذا~~ حرفيا تعليمات الموكل، ويكون الوكـــيل فى هذه الحالة أقرب إلى الرسول . وذلك كموزع التذاكر على الجمهـــور لدخـــول المحال العامة أو لاستعمال وسائل النقل من سكك حديدية أو مينيبوس .. إلخ (١).

وقـــد تكـــون الوكالة مقيدة بالزمان ، كأن تكون مقيدة بزمان معين تنقص بانقضائه أو بأن تبدأ فى وقـــت معين، أو بالشخص كـــأن يحدد الموكل الشخص الذى يتعامل معه الوكيل أو من حيث الشكل كالتعاقد بالكتابة فقط ، أو تكون معلقة على شرط (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الأصل هو قيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن إرادته فى إبرام التصرف إلا أنـــه يجوز أن يتم بطريق النيابة بأن يقوم شخص نيابة عن الأصيل بإبرام التصـــرف باســـم هذا الأخير ولحسابه بحيث تنصرف آثاره إليه وفى غير

---

(١) السنهورى ص ٥٤٦ وما بعدها .

(٢) جمال مرسى بدر ص ٢٠٠ وما بعدها .

الأحـــوال التى نص فيها القانون على قيام هذه النيابة فإنـــها تقوم أساساً باتفـــاق إرادة طرفيها على أن يحل أحدهما – وهو النائب – محل الآخر- وهو الأصيل فى إجراء العمل القانونى الذى يتم لحسابه- وتقتضى – تلك النـــيابة الاتفاقية ممثلة فى عقد الوكـــالة تلاقى إرادة طـــرفيها – الأصيل والنائـــب – عـــلى عناصر الوكالة وحدودها ، وهو ما يجوز التعبير عنه صـــراحة أو ضمناً بما من شأنه أن يصبح الوكيل فيما يجريه من عمل مع الغير نائباً عن الموكل وتنصرف آثاره إليه . وتخضع العلاقة – بين الموكل والوكـــيل فى هذا الصدد من حيث مداها وآثارها لأحكام الاتفاق المبرم بينهما وهو عقد الوكالة".

(طعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩)

وقـــد قســـم القانون الوكالة فى التصرفات القانونية من حيث سلطة الوكـــيل فيها إلى قسمين : وكالة عامة ووكالة خاصة، نعرض لهما فيما يأتى :

أولاً : الوكالة العامة :

٢٤٤- النص القانونى :

المادة ٧٠١ (مدنى):

" ١- الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القـــانونى الحاصـــل فـــيه التوكيل ، لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة.

٢- ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ويدخـــل فيها أيضـــا كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع

البضـــاعة أو المنقول الذى يسرع إلى التلف وشراء ما يستلزمه الشئ محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله " .

٢٤٥- المقصود بالوكالة العامة :

الوكالـــة العامة هى التى ترد فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها للتصرف محل الوكالة أو لنوع التصرف محل الوكالة .

ومـــثل ذلك أن تتضمن الوكالة تخويل الوكيل مباشرة (كل الأعمال الـــتى يـــراها فى صالح الموكل) أو (كل التصرفات القانونية التى يصح أن تباشر بوكيل) [1] أو (بجعل الوكيل مفوضا عن الموكل) .

والجامع فى هذه العبارات أنـــها لا تعين محل التصرف القانونى المعهود به للوكيل ، ولا نوع التصرف القانونى ذاته . وإن كان لا يمنع أن تتضمن عـــبارات الوكالة ما يشير إلى الإدارة كأن يوكل الموكل الوكيل فى إدارة أعماله .

والوكالة العامة لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة ، وتجيزله مباشرة أعمال الإدارة جميعها . وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ مدنى عدة أمثلة لأعمال الإدارة هي :

١- الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات .

ولاشـــك أن الإيجار الذى تزيد مدته على ثلاث سنوات هو أيضا من أعمال الإدارة ، ولكنه يخرج عن نطاق الوكالة العامة ، ويجب أن يصدر به وكالة خاصة .

٢- أعمال الحفظ والصيانة .

٣- استيفاء الحقوق ووفاء الديون .

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ... وإذ كانـــت هذه النيابة واردة فى ألفاظ عامة ولا تخصيص فيها لـــنوع العمـــل القانونى الحاصل فيه الإنابة فإنـــها حسبما تقضى الفقرة الأولى مـــن المـــادة ٧٠١ من القانون المدنى لا تخول الحارس صفة إلا فى أعمـــال الإدارة ومـــا يستتبع ذلك من حق التقاضى فيما ينشأ عن هذه الأعمـــال من منازعـــات . ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ من القـــانون المدنى ، نصت على أن وفاء الديون يعد من أعمال الإدارة فإن وفاء الديون متى كانت ثابتة فى الذمة يدخل فى سلطة الحارس ويدخل فى ســـلطته تبعا لذلك حق التقاضى فيما ينشأ عن هذا الوفاء من منازعات فيصح أن يكون مدعيا أو مدعى عليه فيها ".

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٥/٢٧)

وهـــذه الأعمـــال- كما ذكرنا — وردت بالنص على سبيل المثال لا الحصـــر- فيصح أن يضاف إليها كل عمل آخر يعتبر من أعمال الإدارة حسب طبيعته وفقا للعرف الجارى[1] .

ومثال ذلك ما يأتى :

١- التنفيذ على أموال الموكل لاستيفاء حقوقه ، بطريق حجز المنقول أو العقار أو حجز ما للمدين لدى الغير .

٢- المطالـــبة بســـداد الديون التى فى ذمة الغير لموكله ، وأن يباشـــر الدعـــاوى الخاصـــة بذلك عند اللزوم بشرط عدم الصلح فيها أو قبول

---

(١) جمال مرسى بدر ص ٢٠٦ .

التحكـــيم أوقـــبول الأحكام الصادرة ضد موكله إن كانت قابلة للطعن فيها.

٣- تلقى الوفاء بالديون وتحرير مخالصات عنها .

٤- رفع دعاوى وضع اليد ، ولكن لا يجوزله رفع دعاوى الملكية أو القسمة لأن المرافعة فيها تقتضى المساس بأصل الحق (١).

٥- قبول الوفاء بمقابل إذا لم يكن فى ذلك إضرار بحقوق الموكل .

٦-عـــرض وفـــاء دين الموكل بمقابل ، بشرط أن يكون هذا المقابل مـــنقولا ، لأن عرض العقاركمقابل للوفاء يعتبر من قبيل بيع العقار الذى يتطلب توكيلا خاصا .

٧- الوكالـــة العامـــة ، التى تفوض المحامى فى إجراء كل ما يراه فى مصـــلحة الموكـــل ، تتضمن تفويضه فى رفع الدعاوى باسم موكله دون حاجة إلى تفويض مستقل .

٨- اتخاذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم (٢).

ولكن ليس للوكيل أن يتنازل عن التقادم المكتسب .

٩- بـــذل المـــنح المعتادة للخدم والعمال والمستخدمين فى المناسبات المختلفة لأن مثل هذه العطايا تعتبر فى الواقع جزءا من الأجر (٣).

ويمكـــن أن يقتصر التوكيل على بعض أعمال الإدارة ، أو على عمل معين بالذات .

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٧١ هامش (٢) .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٢٦ .

(٣) محمد على عرفه ص ٣٧٢ – محمد كامل مرسى ص ٥٢٦ .

وفى هذه الحالة يكون التوكيل خاصا لا عاما .

٢٤٦ـ مباشرة أعمال التصرف التى تقتضيها الإدارة :

بعـــد أن أوردت الفقـــرة الثانـــية من المادة ٧٠١ مدنى بعض الأمثلة لأعمال الإدارة أردفت أنه " ويدخل فيها (أى أعمال الإدارة) كل عمل مـــن أعمـــال التصرف تقتضيه الإدارة" ، وأوردت أمثلة أيضا لذلك ببيع المحصـــول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يســـرع إليه التلف وشـــراء ما يستلزمه الشئ محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله .

ومعنى ذلك أن هناك بعض أعمال التصرف تدخل فى أعمال الإدارة، طالما أن هذا العمل تقتضيه أو تتطلبه الإدارة .

ويضاف إلى الأمثلة الواردة بالنص أمثلة أخرى منها :

١- استئجار عقارات لحساب الموكل ، إذا استلزم ذلك حسن القيام بالإدارة المعهودة إلى الوكيل [1].

٢- بيع نتاج الماشية .

٣- افتراض المال اللازم لإدارة أمـــوال الموكـــل من حفظ وصيـــانة وإصلاح وترميم .

٤- شراء الآلات الزراعية والأسمدة والبذور والمواشى اللازمة للزراعة.

٥- شراء وسائل النقل اللازمة لاستغلال المتاجرمن سيارات ومركبات ونحو ذلك .

---

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٢٤ هامش (٢) .

٦- التوقيع على السندات الإذنية عن الموكل المتعلقة بأعمال الإدارة ، لأنـهـا وغيرهـا من الصكوك التجارية الوسيلة الطبيعية لنماء التجارة وسـرعة تداول العروض ، فإذا توقف التاجر الموكل عن دفع ديونه الثابتة بـهذه السندات جاز الحكم بشهر إفلاسه (١).

٧- استثمار أموال الموكل فيما يرى أنه يعود بالمنفعة عليه ، سواء فى شراء عقارات أو قيم منقولة .

فهـو يتطلـب منه أن يسهر على ضمان مصلحة الموكل حتى لايتهم بسوء الإدارة (٢).

ثانياً: الوكالة الخاصة :

٢٤٧ — النص القانونى :

المادة (٧٠٢) مدنى :

" ١- لابـد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجـه خـاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .

٢- والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات .

(١) السنهورى ص ٥٥٤ هامش (٦) وما بعدها .

(٢) محمد على عرفه ص٢٦٩.

٣- والوكالـــة الخاصـــة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها ، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى " .

٢٤٨- المقصود بالوكالة الخاصة :

الوكالـــة الخاصة ، هى تلك التى تلزم لأعمال التصرف والتبرعات ، وكذلك أعمال الإدارة الخاصة على النحو الذى أوضحناه سلفا .

واشترطت الوكالة الخاصة هنا لخطورة أعمال التصرف والتبرع (١).

فكل عمل ليس من أعمال الإدارة تلزمه وكالة خاصة.

والوكالة الخاصة يجوز أن ترد على نوع من أنواع التصرفات القانونية، دون تحديد لمحل التصرف الذى ترد عليه ، إذا كان التصرف من المعاوضات فيجوز أن ترد الوكالة الخاصة على البيع أو الشراء أو الإقراض أو الصلح أو الـــرهن أو ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق (وهى أنواع التصرفات القانونية) ، دون تحديد المحل الذى يرد عليه كل تصرف ، كمنـــزل معين مثلا فى حالة التوكيل فى الشراء أو البيع .

فالوكالة هنا خاصة فى نوع التصرف وعامة فى محله ، فيجوز للوكيل القـــيام بهـــذه التصرفات على كافة أموال الموكل دون التقيد بمال معين. ويجـــوز أن ترد الوكالة على أكثر من نوع من أنواع التصرفات القانونية ولو وردت فى توكيل واحد ، كأن ترد على البيع والشراء والرهن، طالما أن هذه الأنواع محددة بالوكالة .

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ١٩٨.

كما يجوز أن تقتصر الوكالة على تصرف واحد من التصرفات السابقة أى ترد على محل محدد ، كأن تكون الوكالة فى بيع منــزل معين أو قطعة أرض محــددة فــيكون التوكيل قاصرا على هذا المحل ، ولايجوز للوكيل التذرع بــهذه الوكالة فى بيع منــزل أو أرض أخرى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وأعمال الإدارة يصح أن تكون محلا لوكالة عامة أو لوكالة خاصة كما تقدم . أما أعمال التصرف فلا يصح أن تكون محلا إلا لوكالة خاصة لخطورتــهـا . فــلا يصح أن يوكل شخص آخر توكيلا عاما فى جميع أعمــال التصــرفات دون أن يخصص أعمالا معينة ، منهــا فإن خصص اقتصــرت الوكالة على مــا خصص ولا تتناول غير ذلك مــن أعمال التصرفات، كما إذا وكل شخص آخر فى بيع ماله وفى التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات فلا تتناول الوكالة فى هذه الحالة إلا البيع دون غيره. على أن التوكيل فى البيع يتناول ما يقتضيه البيع من أمور تابعة له وفقا لطبيعته وللعــرف الجارى ، فيجوز للوكيل فى البيع أن يقبض الثمن وأن يســلم المبيع"[(١)].

وقــــد أوردت الفقــرة الأولى من المادة أمثــلة على التصرفات التى تستوجب الوكالة الخاصة وهى :

١- البيع .

٢- الرهن .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٥ ص ١٩٨.

٣- التبرعات .

٤- الصلح .

٥- الإقرار.

٦- التحكيم .

٧- توجـــيه اليمين ولكن لايصح القيام بالحلف بواسطة وكيل ، لأن هذا يتعلق بذمة الحالف [١].

٨- المرافعة أمام القضاء .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويـــلحق بأعمـــال التصرفات وجوب أن تكون الوكالة فيها وكالة خاصة، أعمال تنطوى على شئ من الخطورة يعلو بها عن مستوى أعمال الإدارة ، وهذه هى الصلح والإدلاء باعتراف وتوجيه اليمين والدفاع أمام القضاء عن موضوع الحق"[٢].

(أنظر فى الوكالة فى المرافعة أمام القضاء بند ٢٥٢) .

وهناك أمثلة أخرى لم يرد النص عليها بالمادة منها : الرهن والإقراض وترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أى حق عينى آخر أصلى أو تبعى ، أو دفع حصة فى شركة [٣]. وطلب الوكيل إيقاع البيع على موكله[٤].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٢٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ١٩٨.

(٣) السنهورى ص ٥٥٨ .

(٤) وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان طلب الوكيل إيقاع البيع على موكله يستلزم وكـــالة تبيح له ذلك إعمـــالا لنص المادة ٧٠٢ من القانون المدنى ، إلا أنه إذا تجاوز الوكيل حدود وكـــالته العامة ، وأبرم تصرفا فإن هذا التصرف يكون موقوفا على إجازة =

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانت الوكالة المراد إثباتها ، صـــريحة كـــانت أو ضمنية ، لاتخـــول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة ، وكان قطع القطن ونقله إلى استحقاق تال لايعتبر أيهما من بين هذه الأعمال ولابد لمن يجريهما نيابة عـــن صـــاحب الشأن من أن يكون لديه وكالة خاصة بالبيع لأن هذين الأمـــرين هما من مقتضيات البيع وتوابعه الضرورية ، ومن ثم فإن إثبات وكالة الإبن عن والده فى أعمال الإدارة لا تؤدى إلى ثبوت صفة للإبن فى نقل القطن من استحقاق إلى آخر نيابة عن والده " .

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

٢- " النص فى المادة ٢/٧٠٢ من القانون المـــدنى على أن الوكـــالة الخاصـــة فى نوع معين من أنواع الأعمـــال القانونية تصح ولو لم يعين محـــل هذا العمل على وجـــه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات يـــدل على أن الوكالة الخاصة فى المعاوضات يصح أن تصدر دون تحديد لمحل التصرف ، ولما كان التوكيل الصادر من المطعون عليها الأولى لمحاميها

= الموكـــل ، فـــإن أقـــره اعتبرنا نافذا فى حقه من وقت إبرامـــه . وإذ كان المطعـــون ضدهم قد أجازوا تصرف المحامى الذى كان يباشر عنهم إجراءات التنفيذ العقارى ، وطلب إيقاع البيع عليهم رغم أن وكالته كانت قاصرة على مباشـــرة الأعمال القضائية ، فإن إجازتهم اللاحقة لهذا التصرف تعتبر فى حكم الوكالة السابقة ويضحى التصرف صحيحا ونافذا فى حقهم ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون وتفسيره يكون غير صحيح" .

(طعن رقم ٤٨٥ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١/٢٩)

ينص على أنه له أن يشترى لذمتها العقار المطلوب بيعه فإنه يخوله صفة فى أن يشـــترى عنها الأطيان موضوع التنفيذ عملا بالمادة ٢/٧٠٢ السالف ذكرها دون حاجة إلى أن يعين فيه على وجه التحديد بيان هذه العقارات التى انصب عليها التصرف ، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون لرفض دفاع الطاعنة من أن التوكيل لم يكن يخـــول الوكـــيل شراء العقار بجلسة المزاد لأن عبارته غامضة ولا تتضمن تحديدا لموضوعه يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٠/٢٢)

أمــا إذا كانت الوكالة صادرة لأعمال التبرعات ، كالهبة والوصية والإبــراء ، فإنـــه يجب تحديد المحل الذى ترد عليه الوكالة ، كأن تكون الوكالة فى بيع مزرعة معينة أو مصنع محدد أو سيارة بذاتها .

أما إذا وردت الوكالة فى أعمال التبرع مطلقا كان التوكيل باطلا .

وقـــد تشدد المشرع فى التبرعات أكثر من المعاوضات لما تنطوى عليه من خطورة أكبر لتجرد الموكل من ملكه أو حقه ، فلا يسوغ ترك الوكيل مطلق اليد فى التبرع بما يشاء من أموال الأصيل .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " أمـــا إذا كان العمل تبرعا كالهبة والعارية ، فلا تكفى الوكالة الخاصة دون تعيين المال الذى يرد عليه العمل القانونى وإذا صح أن يوكل شخص آخر فى بيع ماله دون أن يعين المال الذى يباع ، فلا يجوز ذلك فى التوكـــيل فى الهبة ، بل يجب أن يعين التوكيل الخاص المال الذى يوهب ، ولايجوز للوكيل هبة غير هذا المال وذلك لخطورة أعمال التبرعات " .

٢-" ويلاحـــظ أن تـــدرج الأعمـــال فى الخطورة يتمشى مع تدرج الوكالـــة فى التخصيص فما كان من الأعمال محدود الخطورة ، كأعمال الإدارة ، تكفـــى فيه الوكالة العامة ، فإذا زادت خطورة العمل ، كما فى أعمـــال التصرف وملحقاتها . وجب أن تتخصص الوكالة فى نوع العمل القانونى . حتى إذا وصلت الخطورة إلى الذروة ، كما فى أعمال التبرع ، وجب أن تتخصص الوكالة فى نوع العمل وفى محله " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الكفالة من عقود التبرع فيجب عملا بالمادتين ٥١٦و٥١٧ من القانون المدنى أن يكون بيد الوكيل الذى يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك . فإذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أملاك الموكل ويقبض مقابل الرهن فإنه يكون مقصورا على الاستدانة ورهن ما يفى الدين من أملاك الموكل. ولا يجوز الاعتماد عليه فى أن يكفـــل الوكـــيل باسم موكله مدينا وأن يرهن أطيان الموكل تأميناً للوفاء بالدين " .

(طعن رقم ٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/٤/١)

٢- "تصـــح الوكالة الخاصة فى نوع معين من الأعمال القانونية ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات (م٢/٧٠٢ مـــدنى) فإن الوكالة الخاصة فيها لاتصح إلا إذا كان المال محل التبرع معينا على وجه التخصيص بحيث إذا لم يرد بالتوكيل بيان للأعيان محل التبرع فلا يكون للوكيل سلطة القيام بأعمال التبرع نيابة عن الأصيل، ومـــن ثم فإذا كان المطعون عليه قد عهد إلى وكيله بالتنازل عن نصيبه فى

ميراث و لم يعين فى عقد الوكالة المال الذى انصب عليه التبرع بالذات فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلا ، ولوكان الوكيل عالما بالمال محل التبرع طالما أن القانون قد اشترط تحديده فى ذات سند التوكيل " .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

٣- " طبقا لحكم المادة ٥١٧ من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة ٢/٧٠٢ من القانون المدنى الحالى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- تصح الوكالة الخاصة فى أعمال التبرعات إذا كان المال محل التبرع معينا فى سند التوكيل " .

(طعن رقم ١٠ لسنة ٣٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٨/٣/٦)

٤- " إبراء المطعون ضده من الأجرة عمل تبرعى بالنسبة للطاعنة صاحبة الحق فى اقتضائها دون الوكيل ، مما كان يلزم لانصراف أثره إليها أن يعين محله على وجه التخصيص فى التوكيل الصادر منها عملا بالفقرة الثانية من المادة ٧٠٢ من القانون المدنى ، والثابت أن التوكيل خلا من هذا التعيين فلا يكون للوكيل سلطة القيام بهذا العمل ، ويكون تنازله عن الأجرة قد وقع باطلا بالنسبة للموكلة " الطاعنة" بعد أن أبرمت مع المطعون ضده عقدى الإيجار بالأجرة المسماة فى كل منهما " .

(طعن رقم ١٣٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٧)

٢٤٩ـ هل يلزم ذكر محل التبرع فى سند الوكالة ؟

كل ما اشترطته المادة ٧٠٢ هو أن يعين محل التصرف على وجه التخصيص إذا كان هذا التصرف من التبرعات ولايشير النص إلى ضرورة ذكر محل التبرع فى سند الوكالة ، ولما كانت حكمة النص هى حماية

الموكـــل إزاء الخطورة التى تتسم بها أعمال التبرع فإنه يكفى لتحقيق هذه الحكمـــة أن يكـــون الموكل عالما علما كافيا بالمال الذى سيتصرف فيه وكيله على وجه التبرع ، وقد يتوفر هذا العلم لدى الموكل إذا أحال سند الوكالة على وثيقة أخرى صادرة من الموكل وحاوية بيانا وافيا للمال محل التصرف (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن حاصل السبب الثانى أن الحكم المطعون فيه خالف قواعد الإثبات إذ تطلب من الطاعنة أن تقيم الدليل على أن التغيير لم يصدر وفق ما تريده الواقفة- حالة أن الواقفة اشترطت فى سند التوكيل الذى أجرته للأســـتاذ قراعة أن يتم التغيير فى مصارف الوقف على الوجه الذى تريده وليس فى أوراق الدعوى من دليل على أن الواقفة اقترحت التغييرات التى أجراها الأستاذ قراعة فى الإشهادات موضوع التداعى أو أنها ارتضتها بعد إجرائها .

وحيث إن هذا النعى مردود بما قرره الحكم الابتدائى الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه من أنه " لايجوز للأصيل إجازة التصرف الصادر باسمه من وكيله إن جاوز نيابته والثابت من التغييرات التى أجراها الأستاذ قراعة الوكيل المذكور أن الواقفة كانت توافق عليها بدليل أنها باعـــت ما غيره الوكـــيل مـــن إخراج ٣ ف ١٦ط ٢س وأنها ماتت وهى راضيـــة عن التغيير الأخير بالإشهاد رقم ٧٥ سنة ١٩٥٠ بل ولم تعترض المدعية على أى تغـــيير حـــتى وفاة الواقفة حسبما سلف القول وهذا الرضا حتى وفاة

---

(١) جمال مرسى بدر ص ٢٠٨ .

الواقفــة هو إقرار منها لما أجراه الوكيل .... " وما جرى عليه الحكم من ذلك استخلاص موضوعى سائغ ولا مخالفة فيه للقانون " .

(طعن رقم ١٠ لسنة ٣٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٨/٣/٦) [(١)]

٢٥٠- الوكالة الخاصة تشمل ما تقتضيه من توابع ضرورية :

تــنص الفقرة الثالثة من المادة على أن الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى .

ذلــك أن هناك أعمال يتضمنها التوكيل حتما و لم تذكر فيه صراحة لكونها ضرورية لتنفيذ الوكالة[(٢)].

---

(١) ولايــنال من ذلك قضاء محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٢/١١/٨ فى الطعن رقم ٤٦ لســنة ٢٧ ق مــن أنه ".... ومن ثم فإذا كان المطعون عليه قد عهد إلى وكيله بالتنازل عن نصيبه فى ميراث ولم يعين فى عقد الوكالة المال الذى انصب علــيه التبرع بالذات فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلا ، ولو كان الوكيل عالمــا بالمــال محــل التــبرع طالما أن القانون قد اشترط تحديده فى ذات سند التوكيل".

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

لأن الظاهــر من الحكم أن الأصيل قد لا يكون عالما بعناصر التركة التى تلقى الإرث فــيها عــلما كافيا ولا عالما بــما يدخل فى نصيبه بالذات من أموال التركة ولذلك فالوكالة فى التنازل عن ذلك النصيب جملة يشوبها عدم تحديد محــل التنازل ولا يغنى عن ذلك – كما يقول الحكم – أن يكون الوكيل عالما بالمال محل التبرع فالعبرة فى تخصيص الإنابة فى التبرعات بالمحل هى بعلم الأصيل لا بعلم النائب (جمال مرسى بدر ص ٢٠٨ وما بعدها) .

(١) محمد على عرفه ص ٣٧٣ وهامش (٢) ونقض فرنسى ١٩٠٦/١١/١٣ الذى أشار إليه .

فالوكالة فى الشراء تشمل تسلم العين المشتراه ، والوكالة فى البيع تشمل تسليم المبيع [١].

والوكالة بقبض الدين تتضمن الوكالة بإعطاء مخالصة به ، وبالتنازل عن التأمينات المقررة لضمانه لأن ذلك من حق المدين الذى يتقدم للوفاء .

والوكالة بسداد دين الموكل يشمل الوكالة بالاقتراض لسداد الدين وإحلال الدائن الجديد محل الدائن القديم .

والوكالة بالمرافعة يتيح للوكيل أن ينوب عن موكله فى استجواب الخصوم .

والوكالة فى بيع أسهم لوفاء دين الموكل يتيح إعطاء هذه الأسهم للدائن فى مقابل دينه.

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" الوكالة فى إبرام عقد البيع لا تجعل للوكيل صفة فى تمثيل الموكل فى الخصومات التى تنشأ بسبب تنفيذ هذا العقد إلا إذا وجد اتفاق يقضى بإضفاء هذه الصفة على الوكيل . فإذا كان الحكم المطعون فيه وقد قدر أن وكالة الطاعنة عن الشركة البائعة ليست قاصرة على إبرام العقد بل إنها نائبة عن تلك الشركة فى الديار المصرية دون أن يبين حدود هذه النيابة وما إذا كانت تشمل تمثيل الشركة الأصلية فى الدعاوى التى ترفع عليها فى الديار المصرية أولا تشمل ذلك ، فإن الحكم بتجهيله حدود النيابة التى قال بقيامها يكون قد أعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٦/٣٠)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... على أن التوكيل فى البيع يتناول ما يقتضيه البيع من أمور تابعة له وفقـا لطبيعته وللعرف الجارى ، فيجوز للوكيل فى البيع أن يقبض الثمن وأن يسلم المبيع " [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوكالـة الخاصـة فى نوع معين من الأعمال القانونية لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى وذلك على ما تقضى به المادة ٣/٧٠٢ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٥٧٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٢)

٢- " مـؤدى نص المادة ٧٠٢ من القانون المدنى أن الوكالة الخاصة تحـدد بعمل أو بأعمال قانونية معينة وترد على أعمال التصرف وأعمال الإدارة على سواء وهى وإن اقتصرت على عمل معين فهى تشمل كذلك توابعه ولوازمه الضرورية وفقا لطبيعة الأشياء والعرف الجارى " .

(طعن رقم ١٢٥٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٧/٤/٢٦)

٣-تخـتلف سـعة الوكالة باختلاف الصيغة التى يفرغ فيها التوكيل ومؤدى نص المادة ٧٠٢ من القانون المدنى أن الوكالة الخاصة تحدد بعمل أو أعمـال قانونية وترد على أعمال التصرف وأعمال الإدارة على السواء وهـى وإن اقتصـرت على محل معين فهى تشمل كذلك توابعه ولوازمه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ١٩٨.

الضـــرورية وفقا لطبيعة الأشياء والعرف السارى ، وتحديد مدى الوكالة مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع بماله من السلطة فى تعرف حقيقة ما أراده العاقدان مستعينا بعبارة التوكيل وبظروف الدعوى وملابساتها طالما كان الاستخلاص سائغا " .

(طعن رقم ٥٩٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢١)

٤- " إذا كان البين من مطالعة التوكيل الصادر من المستأجرة الأصلية إلى المطعون ضده الثانى أنه توكيل رسمى تضمن توكيلا خاصا مضافا إليه فـــيه " البـــيع والشراء فيما يتعلق بالمنقولات وكل ما هو منقول وثابت والتوقـــيع عـــلى عقد البيع الابتدائى وقبض الثمن فإن نطاق هذه الوكالة يتسع لتصرف المطعون عليه الثانى فى التنازل عن حق الإيجار باعتباره بيعا لمنقول " .

(طعن رقم ٥٩٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢١)

٢٥١- الوكالة فى التقاضى (الخصومة) :

تخـــتلف الوكالـــة فى التقاضى (الخصومة) عن الوكالة فى المرافعة أمام القضاء .

فالوكالة فى التقاضى (الخصومة) تخضع للقواعد العامة فى الوكالة .

وهـــذه الوكالـــة تخول الوكيل القيام بكافة ما يتصل بالتقاضى سواء كانت أعمالا سابقة على رفع الدعوى كتوجيه الإنذار أو الإعذار أوالتنبيه أو إجراءات رفع الدعوى كإيداع صحيفتها قلم الكتاب أو تقديم طلبات استصـــدار الأوامـــر الوقتية أو أوامر الأداء أو إيداع صحف الدعاوى فى الطعون أو إعلانها أو سداد الرسوم أو استلام الأوراق وصور الأحكام أو

مباشــرة إجراءات التنفيذ إلى غير ذلك من إجراءات التقاضى . والأصل عمـــلا بالفقرة الثالثة من المادة ٧٠٢ مدنى أن التوكيل فى التقاضى يخول الوكـــيل مـــا يقتضيه التقاضى من توابع ضرورية وفقا لطبيعته كأن يخول الوكـــيل فى التقاضـــى القيام بكافة ما يتصل بالدعوى أو يثور فيها. وقد أشـــار إلى ذلـــك نص المادة ٧٥ من قانون المرافعات الذى ينص على أن التوكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لـــرفع الدعـــوى ومتابعتها أو الدفاع فيها واتخـــاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصـــدر الحكـــم فى موضوعها فى درجة التقاضى التى وكل فيها وإعلان هذا الحكم وقبض الرسوم والمصاريف غير أنه يستثنى من ذلك ما ورد بشأنه نص خاص يستلزم تفويضا خاصا أى إيراده بنوعه فى التوكيل ومـــن ذلك ما تضمنه نص المادة ٧٠٢ مدنى من ضرورة صدور توكيل خـــاص بالإقرار وتوجيه اليمين وما نصت عليه المادة ٧٦ من أنه لايصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ولاترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ولا رفع الحجز ولاترك التأمينات مع بقاء الدين ولا الادعاء بالتزوير ولا رد القاضى ولا مخاصمته ولارد الخبير ولا العرض الفعلى ولا قبوله ولا أى تصرف يوجب القاضى فيه تفويضا خاصا " [١].

---

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ٥١٦ .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- " العرض الحقيقى الذى يتبعه الإيداع — سواء أكان هذا العرض على يد محضر أو أمام المحكمة وقت المرافعة — هو الوسيلة القانونية لإبراء ذمة المدين ومن ثم يتعين أن تتوافر فيه الشروط المقررة فى الوفاء المبرئ للذمة ومنها أن يتم العرض على صاحب الصفة فى استيفاء الحق. لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن عرض المبلغ المذكور فى الجلسة على محامى المطعون ضده فى غيبة موكله، وإذ كان قبول هذا العرض يعتبر من التصرفات القانونية التى لا يجوز للمحامى مباشرتها إلا إذا كان مفوضاً فيها فى عقد الوكالة وكان الثابت من سند وكالة محامى المطعون ضده أنه غير مفوض فى قبول العرض ، فإن العرض يكون قد تم على غير ذى صفة فى استيفاء الحق ويكون الإيداع المشار إليه بسبب النعى غير مسبوق بإجراءات العرض الحقيقى التى يتطلبها القانون مما لا يعتبر وفاءاً مبرئا للذمة " .

(طعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٣/٣/١٤)

٢- "مقتضى ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ من القانون المدنى والمادة ٧٦ من قانون المرافعات — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه إذا كان الإقرارالصادر من الوكيل أمام القضاء منطويا على تصرف قانونى هو النزول عن حق فإنه يعد عملا من أعمال التصرف الذى يتعين أن يصدر بها توكيل خاص أو أن يرد ضمن توكيل عام ينص فيه صراحة على هذا التفويض ".

(طعن رقم ٧٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٥)

٣- " المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن العرض الحقيقى الذى يتبعه الإيداع هو الوسيلة القانونية لإبراء ذمة المدين ومن ثم يتعين أن تتوافر فيه الشروط المقررة فى الوفاء المبرئ للذمة ومنها أن يتم العرض على صاحب الصفة فى استيفاء الحق ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهم عرضوا بتاريخ ١٩٨٥/٧/٢٤ - مبلغ ٢٥٠ جنيه على محامى الطاعنين كما عرضوا بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٥مبلغ ١١٧٠ جنيه إلا أنه رفض استلام المبلغين على سند من أنه غير مفوض من الطاعنين فى قبض المبلغ المعروض ، وإذا كان قبول العرض يعتبر من التصرفات القانونية التى لا يجوز مباشرتها إلا إذا كان مفوضاً فى عقد الوكالة وكان الثابت من سند وكالة محامى الطاعن الأول أنه خلا من تفويض فى قبول العرض كما خلت الأوراق من ثمة ما يفيد وكالته أصلا عن باقى الطاعنين فإن هذا العرض يكون قد تم على غير ذى صفة فى استيفاء الحق ومن ثم فإن الإيداع الحاصل من المطعون عليهم لا يعتبر وفاء مبرئا للذمة ولا يرتب أثراً ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بالإيداع المبنى على إجراءات عرض غير قانونية فإنه يكون أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٨٠٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٧)

غير أنه لا يشترط فى هذه الوكالة أن يكون الوكيل محاميا أو من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثالثة ، كما هو الشأن فى الوكالة فى المرافعة أمام القضاء بالتطبيق للمادة ٧٢ من قانون المرافعات.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " حق التقاضى غير المرافعة أمام القضاء ، وحق التقاضى رخصة لكل فرد فى الالتجاء إلى القضاء أما المرافعة أمام القضاء التى تستلزم وكالة خاصة وفقا للمادة ١/٧٠٢ من القانون المدنى - فهى النيابة فى الخصومة للدفاع أمام القضاء وقد اختص بها المشرع أشخاصا معينين حسبما تقضى المادة ٢٥ من قانون المحاماة " .

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٥/٢٧)

٢- " التوكيل فى الخصومة جائز طبقا للقواعد العامة فى الوكالة ولو لم يكن الوكيل محاميا أو قريبا أو صهرا للموكل . أما ما تنص عليه المادة ٨١ من قانون المرافعات من أنه " فى اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم أنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين بمقتضى توكيل خاص أو عام وللمحكمة أن تقبل فى النيابة عنهم من يختارونه من الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثالثة " فإن مفاده أن هذه المادة قاصرة على تحديد من يجوز توكيله فى الحضور أمام القضاء وهم المحامون والأقارب والأصهار إلى الدرجة الثالثة " .

(طعن رقم ٤١٩ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٩)

٣- " لئن كان القانون يشترط للمرافعة أمام القضاء وكالة خاصة حسبما تقضى الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ من القانون المدنى . واختص بها المشرع أشخاصا معينين واستلزم إثبات هذه الوكالة وفقا لأحكام قانون المحاماة ، تطبيقا لنص المادتين ٧٢ ، ٧٣ من قانون المرافعات، إلا أن الوكالة الخاصة على هذه الصورة ليست شرطا لازما لرفع الدعوى إيذانا

بمبدء استعمال الحق فى التقاضى ، باعتبار هذا الحق رخصة لكل فرد فى الالتجاء إلى القضاء بما يكون لمحكمة الموضوع فى هذا الصدد أن تستخلص من المستندات المقدمة فى الدعوى ومن القرائن ومن ظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية فى رفع الدعوى إذ كان ذلك وكان دفع الطاعنين محل النعى قد أسس على انتفاء صفة والد المطعون ضده الأول فى رفع الدعوى نيابة عنه لبلوغه آنذاك سن الرشد ، واقتصر الدفع على ذلك فحسب — دون أن يمتد إلى الوكالة فى الخصومة أمام القضاء وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من سكوت المطعون ضده الأول عن قيام والده برفع الدعوى أمام محكمة أول درجة نيابة عنه رغم بلوغه سن الرشد ثم مبادرته إلى استئناف الحكم الصادر برفض الدعوى توصلا إلى الحكم له بالطلبات المرفوعة بها موافقته ورضاءه عن إجراء رفع الدعوى الذى اتخذه والده نيابة عنه مما يدل على استناد الوالد فى رفعها إلى قيام وكالة ضمنية بينهما فإن ما خلص إليه الحكم يكون سائغا ومؤديا إلى النتيجة التى انتهى إليها دون مخالفة القانون ، ومن ثم يعدو النعى بهذا السبب على غير أساس " .

(طعن رقم ٥٩٣ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/١/٤)

٤- " يجوز للشخص أن يباشر تصرفاته القانونية بنفسه أو بمن ينوب عنه قانونا سواء أكانت هذه النيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية ، فإن التوكيل فى إقامة الخصومة أمام القضاء جائز طبقا للقواعد العامة فى الوكالة ولو لم يكن الوكيل محاميا أو قريبا أو صهرا للموكل حتى الدرجة

الثالثة على ما نصت عليه المادة ٧٢ من قانون المرافعات ، لأن حكم هذه المادة قاصر على من يجوز توكيله فى الحضور أمام القضاء " .

(طعن رقم ٢٢٤٧ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/٤/٢٧)

ولذلك يجوز إقامة الدعوى من الوكيل إذا أفصح عن صفته واسم موكله .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان يبين من حكم محكمة أول درجة أن الدعوى أقيمت من شخص بصفة وليا على ولده ووكيلا عن آخرين فإن الخصومة تكون قد انعقدت صحيحة بين المدعين والمدعى عليه ويكون التمسك بقاعدة "لايجوز لأحد أن يخاصم بوكيل عنه " فى غير موضعه ذلك أنه لا محل لإعمال هذه القاعدة عندما يفصح الوكيل عن صفته وعن اسم موكله" .

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨)

٢- " الإعلانات التى توجه من الوكيل أو إليه تعد موجهة من الموكل أو إليه متى تمت فى حدود الوكالة واقترن فيها اسم الوكيل باسم الموكل، وإذا رفعت الدعوى من شخص أو على شخص بصفته وكيلا عن غيره فإن الأصيل يكون هو الخصم فيها ، كما أن الحكم الصادر فى هذه الدعوى للوكيل أو عليه بصفته هذه يكون صادرا للأصيل أو عليه " .

(طعن رقم ٣٢٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

٢٥٢- الوكالة فى المرافعة أمام القضاء :

١- رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ مدنى توجب وكالة خاصة فى (المرافعة أمام القضاء) .

والمقصـــود بالمرافعة أمام القضاء تمثيل الخصم فى الحضور أمام المحكمة والدفـــاع عنه وما يستلزمه ذلك من إجراءات . وقد سبق أن أوضحنا أن التوكـــيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال المذكورة بالمادة ٧٥ مـــرافعات عدا ما يستلزم فيه القانون تفويضا خاصا علىالنحو الذى فصلته المادة ٧٦ مرافعات .

وقد نصت المادة ٧٢ مرافعات على أن : فى اليوم المعين لنظرالدعوى يحضرالخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين وللمحكمة أن تقـــبل فى النـــيابة عـــنهـــم من يوكلونه مـــن أزواجهم وأقاربـــهم وأصهارهم إلى الدرجة الثالثة " .

كمـــا نصـــت المادة ١٣٢ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ على أن : " للمحامين دون غيرهم حق الحضور عن الخصوم أمام المحاكم وللمحكمة أن تأذن للمتقاضين فى أن ينيبوا عنهم فى المرافعة أمامها أزواجهم وأصهارهم أو أشخاصا من ذوى قرباهم إلى الدرجة الثالثة".

وعلى ذلك فحق الحضور أمام المحاكم مقصور على الخصوم أنفسهم، أو مـــن يوكلونـــه من المحامين . وتكون وكالة المحامين وحضورهم طبقا للأحكام المنصوص عليها فى قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣.

وللمحكمة أن تأذن للمتقاضيين فى أن ينيبوا عنهـــم فى المرافعة أمامها أزواجهم وأصهارهم أو أشخاصا من ذوى قرباهم إلى الدرجة الثالثة .

أى أن وكالة الأزواج والأقارب المذكورين فى الحضور أمـــام المحاكم يجب أن تكون بإذن المحكمة .

وحق المحكمة فى هذا الإذن مطلق يرجع إلى تقديرها تراعى فيه ظروف الدعــوى وظروف الموكل وحالة الوكيل وما إذا كان يستطيع أن يعرض وجهــة نظر موكله أم لا ، فإذا رأت أنه غير كفء لهذه الوكالة رفضت وكالته (١).

ويعتبر إثبات المحكمة وكالتهم بمحضر الجلسة قبولا لوكالتهم .

وتحســب درجة القرابة طبقا لما نصت عليه المادة ٣٦ مدنى من أنه : "يــراعى فى حســاب درجة القرابة المباشرة ، اعتباركل فرع درجة عند الصــعود للأصل بخروج هذا الأصل ، وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجــات صــعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة " .

أمــا بالنسبة للقرابة بالمصاهرة ، فقد نصت المادة ٣٧ مدنى على أن : "أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر ".

٢- يكون حضور المحامى أمام المحكمة إما بموجب توكيل عام أى يخول الحضور عن الموكل فى كافة الدعاوى والطعون وإما بموجب توكيل خاص وهو الذى يخول الوكيل الصفة فى الحضور عن الموكل فى دعوى معينة أو طعن بذاته. والتوكيل العام والخاص يخولان الوكيل القيام بكافة ما يفرضه الدفاع فى الدعوى أو الطعن .

---

(١) المستشــار عــز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز ص ٣٣٦- الدكتور عاشــور مبروك النظام القانونى لمثول الخصوم أمام القضاء المدنى الطبعة الأولى ص٧٠.

وهذا التوكيل يجب أن يكون موثقا بالشهر العقارى سواء كان توكيلا رسميا أو عرفيا مصدقا على توقيع الموكل فيه. وكان نص المادة ٨١ من التقنين السابق ينص على ذلك صراحة ولكن نص التقنين الحالى أسقط عبارة " بمقتضى توكيل خاص أو عام " اكتفاء بأحكام قانون المحاماة فى هذا الصدد – وقد جزت نصوص قوانين المحاماة المتعاقبة على النص على أن يكون حضور المحامى عن موكله فى الجلسة بموجب توكيل عام يخوله الحضور عن الموكل فى كافة الدعاوى إلا أن نص المادة ٥٧ من قانون المحاماة الحالى – كما سنرى – لم تشر إلى ذلك ، وإنما نصت على أن لا يلتزم المحامى الذى يحضرعن موكله بمقتضى توكيل عام أن يودع التوكيل بملف الدعوى ويكتفى بالاطلاع عليه وإثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة .

أما إذا كان التوكيل خاصا بدعوى بذاتها أودع التوكيل ملف الدعوى.

ويسرى ما تقدم على وكالة غير المحامين عن الخصوم .

وللمحكمة عند الضرورة أن ترخص للوكيل فى إثبات وكالته فى ميعاد تحدده على أن يتم ذلك فى جلسة المرافعة على الأكثر (م٧٣ مرافعات) .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أنه :

" عدل المشروع فى المادة ٧٢ منه من صياغة المادة ٨٢ المقابلة لها فى القانون القائم على نحو يبرز معه أنه يقع على الوكيل الحاضر عن الخصم

واجـــبان أساسيان أولهما أن يقرر حضوره عن خصمه فى محضر الجلسة وذلـــك حتى تتحدد صفة الموكل الذى يمثله بها ، وثانيهما أن يثبت قبل جلسة المرافعة وكالته عمن قرر حضوره عنه ، ولم ير المشروع أن يتعرض لطرق إثبات هذه الوكالة مكتفيا فى ذلك بالإحالة إلى قانون المحاماة الذى نظـــم الأمر فى المواد ٢٦و٢٧و٢٨ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ ، ويلاحظ فى هذا الصدد أن الإحالة إلى مضمون الأحكام التى نصت عليها تلـــك المواد غير مقصورة على من وجهت الخطاب إليهم فيها ، فيسرى حكمهـــا على إثبات وكالة كل من يجوز حضوره عن الخصم ولو لم يكن محامـــيا ، وهو ما أدى إلى الاستغناء عن حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٢ من القانون القائم التى كانت تجيز إعطاء التوكيل فى الجلسة إذ أن حكمها مقرر فى المادة ٢٧ من قانون المحاماة المشار إليه " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " إن تمثـــيل المحامى للخصم فى الجلسة يجب- عملا بنص المادة ٢٦ من قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ — أن يكون بمقتضى توكيل رسمي أو مصدق على التوقيع عليه . فإذا لم يكن بيد المحامي توكيل من هذا القبـــيل كانت المحكمة على حق إذ هى اعتبرت الخصم الذى جاء المحامى ليمثله غائبا وقضت فى الدعوى على هذا الاعتبار " .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/١/٢١)

(ب)- " اشـــترط المشرع فى المادة ٧٠٢ من القانون المدنى وجـــود وكالة خاصة للمرافعة أمام القضاء ولم يكتف بالوكالة العامة. ومن ثم فلا

يكفـــى القول بقيام فضالة فى التقاضى إذا لم تتوافر هذه الوكالة الخاصة . وإذ كانـــت لجنة الطعن تختص بالفصل فى خصومة بين الممول ومصلحة الضـــرائب فإنه لا يكفى لاعتبار الخصومة قائمة أمامها تمثيل الممول فيها بطريق الفضالة " .

(طعن رقم ٣١٦ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/١٩)

(ج)- " مقتضى ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٧٢ من القانون المـــدنى والمادة ٨١١ من قانون المرافعات أنه إذا كان الإقرار الصادر من الوكيل أمام القضاء منطويا على تصرف قانونى ، هو النـــزول عن حق ، فإنـــه يعـــد عملا من أعمال التصرف التى يتعين أن يصدر بـــها توكيل خاص أو أن يرد ضمن توكيل عام ينص فيه صراحة على هذا التفويض".

(طعن رقم ١٨٥ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/١٥)

(د)- " مـــؤدى المواد ٧٢ و٧٥و٧٦ من قانون المرافعات الحالى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أن من حق الخصم ألا يمثل أمام المحكمة بشخصه فينيب عـــنه فى ذلك وكيلا إلا فى الحالات التى ينص عليها القانون ، ومن المقرر أن الوكالـــة بالخصومة أمام القضاء وإن كانت تخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها والدفاع فيها إلا أنها لا تجيز له الصلح بغير تفويض خاص يذكر بلفظه فى التوكيل " .

(طعن رقم ١٨ لسنة ٤١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

(هـــ) — " إذا كـــان الثابت أن سند التوكيل قد ذكر به أنه خاص بالقضية المنظورة أمام محكمة النقض ولما كان النـــزاع المطروح فى الطعن

خاصـــا بعقـــد واحـــد رفعت بشأنه دعويان إحداهما بفسخه والأخرى بصحته ونفاذه وكان البين أن دعوى فسخ العقد والدعوى التى تستهدف تنفيذه بنقل الملكية إلى المشترى فيه يعتبران فى حقيقتهما وجهين لنـــزاع واحـــد فـــإن تخصـــيص الوكالة بالقضية المنظورة أمام محكمة النقض إنما ينصرف إلى النـــزاع المتعلق بالعقد بوجهيه تنفيذه أو فسخه ومن ثم يكون الدفع – بعدم قبول الطعن لرفعه من غير ذى صفة – متعين الرفض " .

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧)

(و)- " الـــنص فى المـــادة ٧٣ من قانون المرافعات والفقرة الثانية من المادة ٨٩ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ يدل- وعـــلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات – على أنه يقع على الوكيل الحاضر عن موكله واجبان أساسيان أولهما : أن يقرر حضوره عنه فى محضـــر الجلسة حتى تتحدد صفة الموكل التى يمثل بها ، وثانيهما : أن يثبـــت قـــبل المرافعة وكالته عمن قرر حضوره عنه بإيداع التوكيل بملف الدعوى إذا كان خاصا والاقتصار على إثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامهـــا بمحضر الجلسة إن كان عاما . وإذ كان ذلك ، وكان البين من محاضر جلسات محكمة الاستئناف المودعة صورتها الرسمية فى ملف الطعن أنهـــا خـــلت من دليل إثبات وكـــالة المحامى عـــن الطاعن الذى أنكر وكـــالته عـــنه. وكانت المحكمة بعد أن حجزت الدعوى للحكم لجلسة ١٩٧٦/٣/٢٢ عادت وأعادتهـــا للمرافعـــة لجلسة ١٩٧٦/٥/٢٣دون أن تعلن الطاعن بالجلسة المذكـــورة ، واعتبرت النطق بقرارها إعلانا له ولم

يحضر الطاعن بتلك الجلسة أو أية جلسة تالية إلى أن صدر الحكم المطعون فيه ، فإن هذا الحكم يكون باطلا بما يوجب نقضه ولايمنع من ذلك حضور محام قرر بجلسة ١٩٧٧/١/١٦ أنه يحضر عن الطاعن عن محام آخر مادام أنه لم يثبت وكالة الأخير عنه ، تلك الوكالة التى جحدها الطاعن " .

(طعن رقم ١١٦٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٩)

(ز)- " مؤدى ما نصت عليه المادة ٧٣ من قانون المرافعات والفقرة الثانية من المادة ٨٩ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الذى يحكم الواقعة — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أنه يجب على الوكيل الحاضر عن موكله أن يثبت وكالته عنه ، بإيداع التوكيل ملف الدعوى إن كان خاصا أو إثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة إن كان عاما " .

(طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/١/٢٩ — لم ينشر)

(ل)- " المشرع لم يتطلب أن يكون المحامى الموقع على إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة مفوضا تفويضا خاصا فى هذا الشأن ، أو حتى موكلا فى ذلك بتوكيل سابق " .

(طعن رقم ١٨٣٧ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩)

ويجب لاعتبار التوكيل المصدق عليه بإحدى القنصليات المصرية فى الخارج توكيلا موثقا أن تعتمد وزارة الخارجية توقيع من باشر التصديق عليه فى الخارج.

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" تنص المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات على أن يرفع الطعن بصحيفة تـــودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فـــيه ويوقعهـــا محام مقبول أمام محكمة النقض ، مما مـــؤداه أن التوكيل بالطعن بطريق النقض يعتبر من الإجراءات المتعلقة بهذا الطعن ، ولما كانت المـــادة ٢٢ من القانون المدنى تقضى بأن يسرى على جميع المسائل الخاصة بالإجـــراءات قانون البلد الذى تباشر فيه تلك الإجراءات وكان البين من التوكيل الصادر من الطاعن إلى المحامى الذى رفع الطعن أنه حرر فى دولة قطـــر وتم التصديق على إمضاء الطاعن بقنصلية مصر بالدوحة ، فإن هذا التوكـــيل يـــتعين أن يتم وفقا لما يتطلبه القانون المصرى ، لما كان ذلك وكانت المادة ٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ بإصدار قانون نظام السلكيين الدبلوماسى والقنصلى قبل إلغائه بالقانون رقم ٤٥لسنة ١٩٨٢. قد ناطت بأعضاء بعثات التمثيل القنصلى بعض الاختصاصات ، من بينها التصديق على توقيعات المصريين ، واشترطت أن يتم ذلك باتباع أحكام القوانين واللوائح المصرية ، وكان قرار وزير الخارجية المصرية الصادر فى يولـــيو ســـنة ١٩٧٧ بناء على القانون سالف الذكر والقانون رقم ٤٣٥ لســـنة ١٩٥٥ بتنظيم وزارة الخارجية — قد حدد الاجراءات التى يتم بها التصـــديق عـــلى المحررات الموقع عليها من المصريين المتواجدين بالخارج ويرغبون فى تقديمها إلى السلطات الرسمية المصرية أو الأجنبية وأوجب على أعضـــاء البعـــثات المخولـــين حق مباشرة الأعمال القنصلية بصفة عامة والتصـــديق على المحررات بصفة خاصة — موافاة وزارة الخارجية بثلاث

صــور من نماذج توقيعاتهم باللغتين العــربية والإفرنجية مقرونــة بالخاتم المســتعمل للتصديق على النمــوذج المعد لهذا الغرض ، حتى تقوم وزارة الخارجــية باعــتماد التصــديقات التى تقوم بها تلك البعثات فى الخارج للــتحقق من سلامة إجراءات التصديق وحق من باشره فى إجرائه ، مما مفاده ضرورة اعتماد وزارة الخارجية لتوقيع من باشر إجراءات التصديق خــارج مصــر حتى تستوفى هذه الإجراءات الشكل القانونى لها ويمكن الاحــتجاج بها ، لما كان ما تقدم وكان التوكيل آنف الذكر قد خلا من اعــتماد وزارة الخارجية المصرية لتوقيع القنصل المصرى الذى صدق على توقيع الطاعن خارج مصر فإنه لا يعتبر توكيلا موثقا وفقا لأحكام القانون المصرى" .

(طعن رقم ٩١٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢١)

٥- كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية فى الجلسة (م٧٩ مرافعات) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) — " النص فى المادة ٧٩ من قانون المرافعات على أن " كل ما يقــرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية فى الجلسة " يدل على أن كل ما يصدر عن الوكيل فى حضور موكله يكون حجة على الآخر إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية فى الجلسة " .

(طعنان رقما ١٢٨ و ٥٤٩ لسنة ٦٥ جلسة ١٩٩٦/٦/٢٠)

(ب)- " إذا كـــان الثابـــت بمحضـــر جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ حضور الطاعن بشخصه وقدم محاميه مذكرة أقر فيها بإدراج اسم المطعون ضده فى ترخيص المخبز ، ولم يعترض الطاعن على هذا الإقرار أثناء نظر القضية بالجلســـة ،فـــإن هذا الإقرار يعد حجة على الطاعن بما ورد فيه حتى ولو كان المحامى حاضرا عنه بغير توكيل ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن بـــهذا الوجـــه مـــن أن توكيل محاميه لايبيح له الإقرار يضحى – أيا كان وجه الـــرأى فى الدعوى – غير منتج ، ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بـــهذا الوجه على غير أساس " .

(طعنان رقما ١٢٨، ٥٤٩ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/٦/٢٥)

(ج)- " الـــنص فى المـــادة ٧٩ من قانون المرافعات على أن " كل ما يقـــرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية فى الجلسة ، يدل على أن كل ما يصدر من الوكيل فى حضور موكله يكون حجة على الأخير إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية فى الجلسة " .

(طعن رقم ٦٦١١ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/١٠/٢٢)

٦- للمحامى ســـواء كان خصما أصليا أو وكيلا فى دعوي أن ينيب عنه فى الحضـــور أو فى المرافعات أو فى غير ذلك من إجـــراءات التقاضى محامـــيا آخر تحت مسئوليته دون توكيل خاص ما لم يكن فى التوكيل ما يمنع ذلك (م٥٦ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣) .

وهذه الإنابة لا تستوجب توكيلا مكتوبا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفـــاد الـــنص فى المادة ٧٣ من قانون المرافعات والمادة ٢/٨٩ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ المعدل- المنطبق على واقعة الدعوى – يـــدل- وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات – على أن المشرع لم يتعرض فى قانون المرافعات لطرق إثبات الوكالة مكتفيا فى ذلك بالإحالـــة إلى قانون المحاماة الذى بينت أحكامه طريقة إثبات الوكالة. لما كان ذلك وكان حضور محام عن زميله أمام المحكمة لا يستوجب توكيلا مكـــتوبا مــــادام أن المحـــامى الأخير موكل من الخصم وكان الثابت بالأوراق أن الأستاذ (.....) وكيل عن الطاعن بالتوكيل رقم (....) عام الزيتون فإن حضور الأستاذة (....) عنه أمام محكمة أول درجة على نحو ما أثبت بمحضر جلسة (....) يكون قد صادف صحيح الواقع والقانون ولايغير من هذا النظر أن الحاضرة عن زميلها الوكيل الأصلى لم تلتزم بما جـــاء بالمـــادة ٢/٨٩ من قانون المحاماة سالف البيان إذ أن عدم ذكرها بـــيانات التوكيل – ولئن كان قد يعد خطأ يعرضها للمساءلة التأديبية – إلا أنـــه لا يغير من حقيقة وجود وكالة للأستاذ (...) عن الطاعن على النحو سالف البيان وأن زميلة حضرت عنه بـــهذه الصفة " .

(طعن رقم ٣٤٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٢١)

٧- لايجـــوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله .

(أنظر الأحكام المنشورة فى بند ٢٥٧)

٨- مباشـــرة المحـــامى للإجراءات نيابة عن موكله لا يستلزم حصوله عـــلى سند بالوكالة قبل مباشرته للإجراء ،ما لم ينص القانون على غير ذلـــك .فـــيكون صحيحا تحرير المحامى صحيفة الدعوى والتوقيع عليها وإيداعها قلم الكتاب ومباشرة إعلانـــها قبل الحصول على سند الوكالة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " المحامى الذى يحـــررصحيفة افتتاح الدعـــوى أو عـــريضـــة الاســـتئناف ويعلنها للخصم بغير أن يكون بيده حنيئذ توكيل بذلك ممن كلفـــه لايمكـــن – بحسب العرف الجارى- اعتبار أنه لم تكن له صفة فى عمـــل الورقة لمجرد أن التوكيل الذى أعطى له من ذوى الشأن لم يحرر إلا بعـــد تاريخ إعلان الورقة المذكورة ، بل يجب – مراعاة للعرف – اعتبار تلك الورقة صادرة فعلا من ذوى الشأن فيها منتجة لكل آثارها . وغاية الأمـــر أن صـــاحب الشأن إن لم يحضر بنفسه يوم الجلسة ، أو لم يرسل وكيلا ثابتة وكالته بالطريقة القانونية ، سواء أكان هو المحامى الذى حرر الورقـــة واتخذ فيها مكتبه محلا مختارا لذى الشأن فى الورقة أم كان محاميا آخـــر خلافـــه ، فإن المعول عليه الوحيد فى حفظ حقوق الخصوم هو ما خـــولـــه القانون لهم من حق إبطال المرافعة . أما الطعن فى صفة المحامى لحضوره أول مرة من غير توكيل ، واعتبار أن فقده صفة النيابة ينسحب إلى وقت تحرير الورقة وإعلانـــها واستنتاج أن صاحب الشأن لم يشترك فى الورقـــة و لم يرض بـــها ، فكل هذا تجاوز فى الاستدلال ضار بحقوق الـــناس لما فيه من التدخل بغير موجب فى علاقة ذوى الشأن بوكلائهم

تلـــك العلاقة التى لايجوز للقضاء التدخل فيها إلا فى صورة إنكار ذوى الشأن لوكالة وكيله (Desaveu) " .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٤/١٨)

(ب)- " مباشرة المحامى للدعوى بتكليف من ذوى الشأن قبل صدور توكيل له منهم بذلك ، لا يؤثر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– فى ســـلامة الإجـــراءات التى يتخذها فيها ، إلا إذا أنكر صاحب الشأن توكيله لذلك المحامى، لما كان ذلك فإنه لا تثريب على محكمة أول درجة إن هـــى عولـــت على المذكرة المقدمة لها من المطعون ضده أثناء حجز القضية للحكم " .

(طعن رقم ١٩١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١١/١٠)

(ح)- " إذ كـــان القانون لم يتطلب أن يكون بيد المحامى الذى يحرر صحيفة الاستئناف توكيلا من ذوى الشأن عند تحريرها وإعلانها ، فإنه لا يؤثـــر فى سلامة إقامة الاستئناف من الطاعن والموقع عليه من محاميه عدم ثـــبوت وكالـــة محامـــيه عنه قبل إقامة الاستئناف الذى يكون قد أقيم بإجـــراءات سليمة ومنتجا لكل آثاره لأن القانون لا يستلزم ثبوت وكالة الوكـــيل عن موكله وفقا لأحكام قانون المحاماة إلا فى الحضور عنه أمام المحكمـــة حسبما تقضى المادة ٧٣ من قانون المرافعات ، لما كان ذلك ، وكانت الأوراق خالية مما يفيد إنكار الطاعن تكليف الأستاذ/... المحامى بتحرير صحيفة الاستئناف وإعلانها ولا يوجد ما يفيد إنكار وجود وكالة بينهما فإن الاستئناف يكون قد أقيم ممن له صفة فى رفعه ، وكانت المادة

٨٢من قانون المرافعات مؤداها أن المشرع أورد قاعدة مستحدثة مقتضاها أنــه إذا تغيــب المدعــى والمدعى عليه وجب على المحكمة أن تحكم فى الدعــوى إذا كانت صالحة للحكم فيها طالما أبدى الخصوم أقوالهم وإلا قــررت شطبها إذ كان ذلك ، وكانت محكمة الاستئناف قد انتهت إلى عــدم وجــود ســند وكالة مع المحامى الحاضر عن الطاعن أمامها فإن المســتأنف يكون قد تخلف عن الحضور أمامها فكان يتعين عليها إما أن تفصل فى الاستئناف إذا كان صالحا للفصل فيه أو تقرر شطب الاستئناف وفقــا للســلطة المقررة لها فى المادة ٨٢ من قانون المرافعات ، وإذ قضى الحكــم المطعون فيه بعدم قبول الاستئناف لرفعه من غير ذى صفة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٤٥١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٢/٣/١٦)

٢٥٣ ـ درجــة قــيد المحــامى الذى تجوز له الوكــالة فى الحضــور أمام المحاكم :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون المحاماة على أن : " ويجوزله (المحامى تحت التمرين) الحضور أمام المحاكم الجزئية باسم المحامى الذى يتمرن بمكتبه أو عن محامى الإدارة القانونــية الــتى ألحق بــها دون أن يكونله الحق فى أن يوقــع صحف الدعــاوى أو المذكرات أو الأوراق التى تقدم إلى المحاكم المذكورة أو إلى مكاتــب الشــهر والتوثيق أو مكاتب السجل التجارى أو أن يعد عقودا باسمه " .

وتنص المادة ٢٦ على أن : " للمحامى تحت التمرين فى السنة الثانية أن يترافع باسمه أمام المحاكم الجزئية — فيما عدا محاكم أمن الدولة والمحاكم

المستعجلة – وذلك تحت إشراف المحامى الذى التحق بمكتبه أو محامى الإدارة القانونية التى ألحق بها .

كما يجوزله الحضور باسمه فى تحقيقات النيابة والشرطة فى مواد المخالفات والجنح وباسم المحامى الذى يتمرن فى مكتبه فى الجنايات .

ويجوزله الحضور أمام المحاكم الابتدائية عن المحامى الذى يتمرن فى مكتبه أو محامى الإدارة القانونية التى ألحق بها .

كما يجوزله الحضور أمام هذه المحاكم عن محام آخر لإبداء طلب التأجيل .

كما يجوزله أن يعد باسمه العقود التى لا تجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه والتى لاتحتاج إلى شهر أو توثيق .

وفى جميع الأحوال لايجوز للمحامى تحت التمرين تقديم فتوى كتابية باسمه أو التوقيع على العقود التى تقدم إلى الشهر العقارى فيما عدا طلبات إثبات التاريخ " .

وتنص المادة ١/٣٤ على أن :

" يجوز للمحامى المقيد أمام المحاكم الابتدائية أن يفتح مكتبا باسمه منفردا أومع غيره ، ويكون حضوره أمام المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية والمحاكم الإدارية التى تناظرها ويجوزله الحضور أمام محاكم الاستئناف ومحاكم القضاء الإدارى نيابة عن أحد المحامين المقيدين أمام هذه المحاكم وعلى مسئوليته كما يكون له أن يحضر باسمه فى سائر التحقيقات التى تجريها النيابة العامة " .

وتـــنص المـــادة ٣٧ عـــلى أن : " لـــلمحامى المقيد بجدول محاكم الاستئناف حـــق الحضور والمرافعة أمـــام جميع محاكم الاستئناف ومحاكم القضـــاء الإدارى، ولا يجوز قبول صحف الدعاوى أمام هذه المحاكم وما يعادلها إلا إذا كان موقعا عليها منه . وإلا حكم ببطلان الصحيفة .

ويكـــون للمحامى أمام محاكم الاستئناف حق الحضور والمرافعة أمام جميع المحاكم فيما عدا محاكم النقض والإدارية العليا والدستورية العليا .

كما يكون .... إلخ " .

وتنص المادة ٣٨ على أن : " ينشأ جدول خاص للمحامين المقبولين أمـــام محكمـــة النقض وما يعادلها وتعد المحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا فى ذلك معادلة لمحكمة النقض " .

ويـــبين من النصوص السابقة أن حق المحامين للوكالة فى الحضور أمام المحاكم كالآتى :

١- المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية والمحاكم الإدارية التى تناظرها:

تكون الوكالة للمحامى المقيد أمام المحاكم الابتدائية . كما يجوز لهذا المحـــامى الحضور أمام محاكم الاستئناف ومحاكم القضاء الإدارى نيابة عن أحد المحامين المقيدين أمام هذه المحاكم وعلى مسئوليته.

وبالنســـبة للمحاكم الجزئية ، تجوز الوكالة للحضور أمامها للمحامى تحـــت التمرين فى السنة الأولى أمـــام المحاكم الجزئية باسم المحامى الذى يـــتمرن بمكتبه أو عن محامى الإدارة القانونية التى ألحق بها بالنسبة لمحامى

الإدارات القانونية ، دون أن يكون له الحق فى أن يوقع صحف الدعاوى أو المذكرات أو الأوراق التى تقدم إلى المحاكم المذكورة .

أما فى السنة الثانية فله الوكالة فى الحضور أمام المحاكم الجزئية — فيما عدا محاكم أمن الدولة والمحاكم المستعجلة — وذلك تحت إشراف المحامى الذى التحق بمكتبه أو بمحامى الإدارة القانونية التى ألحق بها .

أما عن حضور المحامى تحت التمرين أمام المحاكم الابتدائية فيجوز له فى السنة الثانية الحضور أمامها عن المحامى الذى يتمرن فى مكتبه أو محامى الإدارة القانونية التى ألحق بها .

كما تجوز له الوكالة للحضور أمامها عن محام آخر لإبداء طلب التأجيل .

كما تجوز الوكالة فى الحضور أمام المحاكم الابتدائية والجزئية للمحامين المقيدين أمام محاكم الاستئناف والنقض .

٢- بالنسبة لمحاكم الاستئناف ومحاكم القضاء الإدارى:

تجوز الوكالة للحضور أمامها للمحامى المقيد بجدول محاكم الاستئناف.

ويجوز للمحامى المقيد أمام المحاكم الابتدائية الحضور أمامها نيابة عن أحد المحامين المقيدين أمام محاكم الاستئناف وعلى مسئوليته .

كما يجوز ذلك للمحامى المقيد أمام محكمة النقض .

٣- بالنسبة لمحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا :

تجوز الوكالة للحضور أمامها للمحامى المقيد بجدول محكمة النقض.

وقـــد أشرنا إلى أن للمحامى المقيد بجدول محكمة النقض حق الوكالة فى الحضور أمام جميع المحاكم الأخرى .

وكانـــت المادة ٥٣ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ (الملغى) تنص على أنه : " لايجوز لمن ولى الوزارة أو شـــغل منصـــب مستشـــار بمحكمـــة الـــنقض أو محاكم الاستئناف أو مجلس الدولة أو إدارة قضايا الحكومـــة أو مـــن فى درجته فى النيابة العامة أو النيابة الإدارية أن يمارس المحاماة إلا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا ، ومحاكم الاستئناف ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإدارى .

ولايسرى هذا الحظر على المحامين المقيدين لدى غير هذه المحاكم وقت صدور هذا القانون " .

وكان لايترتب على مخالفة هذا الحظر تجريد العمل الذى قام به المحامى من آثاره القانونية والنيل من صحته ، وإنما ترتب المخالفة مسئولية المحامى تأديبياً .

وقـــد أوضحت ذلك محكمـــة النقض فى حكم لها صـــادر بتاريخ ١٩٨٨/٥/٩ فى الطعن رقم ٩١٢ لسنة ٥١ ق ذهبت فيه إلى أن :

"الـــنص فى المادة ٥٣ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ — والمطبق على واقعـــة الدعوى — على أنه: " لا يجوز لمن ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار بمحكمة النقض أو محـــاكم الاستئناف أو مجلس الدولة أو إدارة قضايا الحكومة أو من فى درجته فى النيابة العامة أو النيابة الإدارية أن يمارس المحاماة إلا أمام محكمة

الـــنقض والمحكمـــة الإداريـــة العليا ومحاكم الاستئناف ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإدارى ولايسرى هذا الحظر على المحامين المقيدين لدى غير هذه المحاكم وقت صدور هذا القانون " يدل على أن الشارع لم يضع شـــرطاً مـــن شروط صحة العمل الذى يقوم به المحامى الذى كان يعمل بالجهات الواردة بالنص بل أصدر إليه أمراً لا تعدو مخالفته أن تكون مهنية تقع تحت طائلة الجزاء الإدارى ولاتستتبع تجريد العمل الذى قام به المحامى مـــن آثاره القانونية ولاتنال من صحته متى تم وفقاً للأوضاع التى تطلبها القـــانون، وكل ما يترتب على هذا الحظر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمـــة- هو توقيع العقوبات التأديبية التى نص عليها القانون ، لما كان ذلـــك فـــلا يترتب على مباشرة محامى المطعون ضده الأول الذى شغل منصـــب مستشار بإدارة قضايا الحكومة إجراءات الدعوى أمام المحكمة الابتدائية أى بطلان سواء فى إجراءاتـــها أو الحكم الصادر فيها " .

ولما صدر القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ (بشأن إصدار قانون المحاماة) نص فى المادة ١٥ منه على أنه : " لايجوز لمن ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار بإحدى الهيئات القضائية وأساتذة القانون بالجامعات المصرية أن يمـــارس المحاماة إلا أمام محكمة النقض وما يعادلها ومحاكم الاستئناف وما يعادلها ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإدارى .

ولايسرى هذا الحظر على المحامين المقيدين لدى غير هذه المحاكم وقت صـــدور هذا القانون . ويقع باطلا كل عمل يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة " .

وواضـــح مــــن النص أن المادة نصت على البطلان جزاء على مخالفة أحكامها، فيترتب على توقيع أحد ممن ورد ذكرهم بالمادة صحيفة دعوى مرفوعة أمام محكمة ابتدائية أو محكمة جزئية بطلان صحيفة الدعوى كما يعتـــبر حضورهم أمام هذه المحاكم باطلا غير أن المحكمة الدستورية العليا قضـــت بـــتاريخ **١٩٩٢/٥/١٦ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "دســـتورية" (المنشــــور بالجـــريدة الرسمية العدد ٢٣ فى ٤ يونية سنة ١٩٩٢) . بعدم دستورية المادة (١٥) سالفة الذكر. ونورد فيما يلى أسباب الحكم كاملة .**

المحكمـــة

بعد الإطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع – على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق– تتحصـــل فى أن المدعـــى الثانى كان قد أقام الدعوى رقم ١٢٠٧٤ لسنة ١٩٨٩ مدنى كلى أمام محكمة شمال القاهرة الابتدائية ضد المدعى عليهما الثالثة والرابع ، وفيها حضر المدعى الأول مدافعاً عن المدعى الثانى ، وإذ نعى المدعى عليهما على إجراءات الدعوى بطلانها استناداً إلى أن المدعى الأول كـــان وزيراً سابقاً للعدل ويشغل حالياً منصب أستاذ القانون العام بجامعـــة الاســـكندرية ، ولا يجوز بالتالى أن يمارس المحاماة أمــــام المحاكم الابتدائـــية عملاً بنص المادة (١٥) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لســـنة ١٩٨٣ ، فقد دفـــع الطاعن بعـــدم دستورية تلك المادة ، وصرحت له المحكمة برفع الدعوى الدستورية ، فأقام الدعوى الماثلة .

وحيث أن الفقرة الأولى من المادة (١٥) من قانون المحاماة المشار إليه الـــتى تـــنص على أنه " لايجوز لمن ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار

بإحدى الهيئات القضائية وأساتذة القانون بالجامعات المصرية ، أن يمارس المحامـاة إلا أمـام محكمة النقض وما يعـادلها ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإدارى" كما تنص فقـرتها الثانية على ألا يسرى هذا الحظر على المحامين المقيدين لدى غير هذه المحاكم وقت صدور هذا القانون . وتنص فقـرتـها الثالثة على أن يقع باطلاً كل عمل يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة .

وحيث أن المدعيين ينعيان على هذه المادة مخالفتها لنص المادتين(٤٠) ، (٦٩) من الدستور ، التى تكفل أولاهما مبدأ المساواة أمام القانون ، وتقرر الثانية أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول ، وذلك قولا منهما بأن الـنص المطعـون فيه حرم من المرافعة لـدى المحاكم الجزئية والابتدائية الـوزراء ومستشـارى الهيئات القضـائية السابقين وأسـاتذة القانون بالجامعات المصرية، وكفل فى الوقت ذاته لمن عداهم من المحامين ممارسة المحاماة لدى المحاكم جميعاً وبالنسبة إلى درجات التقاضى على اختلافها ، مقيماً بذلك تمييزاً تحكمياً بين هؤلاء وأولئك رغم تماثل مراكزهم القانونية وخضـوعهم جمـيعاً لذات الواجبات التى فرضها عليهم قانون المحاماة ، وبالتالي أخل هذا التمييز بنص المادة (٤٠) من الدستور وكذلك بما كفلته المـادة (٦٩) لكل متقاض من الحق فى اختيار محاميه الذى يثق فى قدراته القانونية ومستواه الخلقى . هذا بالإضافة إلى أن النص المطعون فيه يعكس انحـرافا فى اسـتعمال السـلطة التشريعية فى أبلغ صورة وأكثرها مجافاة للمصلحة العامة وخروجاً عليها ، ذلك أن ما قصد إليه النص المطعون فيه

مـــن اســـتبعاد فـــئة بذاتها من المحامين من المرافعة لدى المحاكم الجـــزئية والابتدائية ، لا يعدو مجرد الرغبة فى التضييق عليهم فى الرزق إضراراً بهم ، ومحاباة للآخرين ، وهو ما تؤكده غرابة القيود التى أتى بها النص الطعين، إذ لا تعرفها تشريعات النقابات المهنية الأخرى .

وحيث إن ما ينعاه المدعيان من مخالفة النص المطعون فيه للمادة (٦٩) مـــن الدستور ، فى محله ، ذلك أن الدستور نظم حق الدفاع محدداً بعض جـــوانـــبه مقرراً كفالته كضمانة مبـــدئية أولية لعدم الإخـــلال بالحرية الشخصـــية ولصون الحقوق والحريات جميعاً سواء فى ذلك تلك التى نص عليها الدستور أو التى قـــررتها التشريعات المعمول بها فأورد فى شأن هذا الحق حكماً قاطعاً حين نص فى الفقرة الأولى من المادة (٦٩) من الدستور على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول ، ثم خطا الدستور خطوة أبعـــد بإقـــراره الفقـــرة الثانية منها التى تنص على أن تكفل الدولة لغير القـــادرين مالـــياً وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم مخولاً المشـــرع بموجبها تقرير الوسائل الملائمة التى يعين بها المعوزين على صون حقوقهـــم وحـــرياتهم مـــن خلال تأمين ضمانة الدفاع عنها ، وهى بعد ضـــمانة لازمة كلما كان حضور المحامى فى ذاته ضرورياً كرادع لرجال الســـلطة العامة إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون مطمئنين إلى انتفاء الرقابة عـــلى أعمالهم أو غفوتهـــا ، بما مؤداه أن ضمانة الدفاع لا تقتصر قيمتها العملـــية على مرحلة المحاكمة وحدها ، بل تمتد كذلك مظلتها وما يتصل بـــهـــا مـــن أوجه الحماية إلى المرحلة السابقة عليها التى يمكن أن تحدد

نتيجتها المصير النهائى لمن قبض عليه أو اعتقل وتجعل بعدئذ من محاكمته إطـاراً شـكلياً لا يرد عنه ضرراً ، وبوجه خاص كلما أقر بالخداع أو الإغـواء بما يدينه ، أو تعرض لوسائل قسرية لحمله على الإدلاء بأقوال تـناقض مصلحته ، بعد انتزاعه من محيطه وتقييد حـريته على وجه أو آخر وتوكيداً لهذا الاتجاه وفى إطاره ، خول الدستور فى المادة (٧١) منه كـل مـن قـبض عليه أو اعتقل حق الاتصال بغيره لإبلاغه بما وقع أو الاسـتعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون ، بما يعنيه ذلك من ضمان حقه فى الحصول على المشورة القانونية التى يطلبها ممن يختاره من المحامين، وهـى مشورة لازمة توفرله سياجاً من الثقة والاطمئنان ، وتمده بالمعاونة الفعالـة لمواجهة القيود التى فرضتها السلطة العامة على حريته الشخصية والـتى لايجوز معها الفصل بينه وبين محاميه " بما يسئ إلى مركزه" سواء أثـناء التحقـيق الابتدائى أو قبله وضمانة الدفاع هذه هى التى اعتبرها الدستور ركناً جوهرياً فى المحاكمة المنصفة التى تطلبها فى المادة (٦٧) منه كإطـار للفصل فى كل اتهام جنائى تقديراً بأن صون النظام الاجتماعى ينافيه أن تكون القواعد التى تقررها الدولة فى مجال الفصل فى هذا الاتهام مصـادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العـدالة الجنائية إدارة فعـالة ، وأن إنكارضمانة الدفاع أو فرض قيود تحد منها يخل بالقواعد المبدئية التى تقوم علـيها المحاكمة المنصفة والتى تعكس نظاماً متكامل الملامح يتوخى صون كـرامة الإنسـان وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهـدافها . كما ينال الإخلال بضمانة

الدفاع من أصل البراءة ، ذلك أن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إلـيه يقـترن دائماً من الناحية الدستورية - ولضمان فعاليته — بوسائل إجرائية إلزامية تعتبر كذلك — ومن ناحية أخرى — وثيقة الصلة بالحق فى الدفـاع وتتمثل فى حق المتهم فى مواجهة الأدلة التى قدمتها النيابة العامة إثباتاً للجريمة، والحق فى دحضها بأدلة النفى التى يقدمها ، وهو ما جرى علـيه قضـاء هـذه المحكمة وقررته النصوص الصريحة للتعديل السادس للدستور الأمريكى والمادة (٦) من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان . متى كـان ذلـك ، وكانت الفقرة الأولى من المادة (٦٧) من الدستور التى افترض بموجبها براءة المتهم إلى أن تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تتوافرله فـيها ضمانات الدفاع عن نفسه ، تعكس الموازنة التى أجراها بين حق الفرد فى الحرية من ناحية وحق الجماعة فى الدفاع عن مصالحها الأساسية مـن ناحية أخرى ، وكان المتهم بجناية غالباً ما يكون مضطرباً ، مهدداً بإدانته بارتكابـها وبأن تفرض عليه عقوبة متناسبة مع خطورة الجريمة إذا أساء عرض دفاعه وأعوزته الحجة القانونية ، وهو ما يقع فى الأرجح إذا حـرم من حقه فى الاتصال بمحاميه فى حرية وفى غير حضور أحد ، أو افـتقد المعاونة الفعالة التى يقدمها ، فقد حتم الدستور بنص الفقرة الثانية مـن المادة (٦٧) أن يكون لكل متهم بجناية محام يدير دفاعه ويوجهه بما يصون حقوقه ويكفل من خلال الأدلة الواقعية والنصوص القانونية الحماية الواجـبة لهـا سواء كان هذا المحامى منتدباً أو موكلاً . والحق أن دور ضـمانة الدفاع فى تأمين حقوق الفرد وحرياته يبدو أكثر لزوماً فى مجال

الاتهام الجنائى باعتبار أن الإدانة التى قد يؤول إليها قد تفصل من الناحية الواقعية بينه وبين الجماعة التى ينتمى إليها منهية- أحياناً — آماله المشروعة فى الحياة ، ويتعين بالتالى أن يكون حق النيابة العامة فى تقديم أدلة الاتهام موازناً بضمانة الدفاع التى يتكافأ بها مركز المتهم معها فى إطار النظام الاختصامى للعدالة الجنائية كى يتمكن بوساطتها من مقارعة حججها ودحض الأدلة المقدمة منها . ولقد غدا أمراً مقضيا أنه إذا كان حق الدفاع — فى هذا المجال — يعنى فى المقام الأول حق المتهم فى سماع أقواله، فإن هذا الحق يغدو سراباً بغير اشتماله على الحق فى سماعه عن طريق محاميه ، ذلك أن ما قد يبدو واضحا فى الأذهان لرجال القانون ، يكون شائكاً محاطاً بغلالة كثيفة من الغموض بالنسبة إلى غيرهم أيا كان حظهم من الثقافة ، وبوجه خاص إزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الاتهام وخفاء جوانبها المتعلقة بالقواعد التى تحكم الأدلة بما يعزز الاقتناع بأنه بغير معونة المحامى الذى يقيمه الشخص باختياره وكيلاً عنه إذا كان قادراً على الوفاء بأتعابه ، أو معونة من تندبه المحكمة له إذا كان معسراً ، فإنه قد يدان بناء على أدلة غير متعلقة بواقعة الاتهام أو غير جائز قبولها .

وحيث إن النصوص التى أوردها الدستور فى شأن حق الدفاع على النحو السالف بيانه تتضافر جميعها فى توكيد أن هذا الحق ضمانة أساسية يوفر الدستور من خلالها الفعالية لأحكامه التى تحول دون الإخلال بحقوق الفرد وحرياته بغير الوسائل القانونية التى يقرها الدستور سواء فى جوانبها الموضوعية أو الإجرائية ، وهى بعد حماية تؤمن لكل مواطن حماية متكافئة

أمام القانون وتعززها الأبعاد القانونية لحق التقاضى الذى قرره الدستور فى المـادة (٦٨) انصـرافه إلى الناس كافة ، مسقطاً عوائقه وحواجزه على اخـتلافها ، وملقـياً على الدولة بمقتضاه التزاماً أصيلا بأن تكفل لكل مـتقاض نفـاذا ميسراً إلى محاكمها للحصول على الترضية القضائية التى يقتضـيها رد العـدوان علىالحقوق التى يدعيها أو الإخلال بالحرية التى يمارسها ، وكان حق الدفاع — بالنظر إلى أبعاده وعلى ضوء الأهمية التى يمثلها فى بلورة الدور الاجتماعى للقضاء كحارس للحرية والحقوق على اخـتلافها انـتقالاً بمبدأ الخضوع للقانون من مجالاته النظرية إلى تطبيقاته العملـية — قـد أضـحى مستقراً كحقيقة مبدئية لايمكن التفريط فيها، مـندرجاً فى إطار المبادئ الأساسية للحرية المنظمة، واقعاً فى نطاق القيم الـتى غداً الإيمان بها راسخاً فى وجدان البشرية ، ولم تعد ضمانة الدفاع بالـتالى ترفا يمكن التجاوز عنه ، كذلك فإن التعلق بأهدابـها الشكلية دون تعمق لحقائقها الموضوعية يعتبر إنكاراً لمضمونها الحق مصادماً لمعنى العدالة منافياً لمتطلباتها ، ومن ثم لم يجز الدستور للسلطة التشريعية إهدار هـذا الحق أو الانتقاص منه بما يعطل فعاليته أو يحد منها انطلاقا من أن إنكار ضمانة الدفاع أو تقييدها بما يخرجها عن الأغراض المقصودة منها ، إنمـا يؤول فى أغلب صوره إلى إسقاط الضمانة التى كفلها الدستور لكل مواطـن فى مجال الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى ، ويعرض حق الإنسان فى الحياة والحرية الشخصية والكرامة الواجبة لصون آدميته لمخاطر مترامية فى أبعادهـا عميقة فى آثارها ، وهو ما يعتبر هدماً للعدالة ذاتـها بما يحول

دون وقوفها سوية على قدميها ، سواء كان الإنكار أو التقييد منصرفاً إلى حق الدفاع بالأصالة — بما يقوم عليه من ضمان الحرية الكاملة لكل فرد فى أن يعـرض وجهة نظره فى شأن الوقائع المنسوبة إليه وأن يبين حكم القانون بصددها — أم كان متعلقاً بالدفاع بالوكالة- حين يقيم الشخص باختـيـاره محامياً يراه أقدر على تأمين المصالح التى يرمى إلى حمايتها، على أساس من الخبرة والمعرفة القانونية والثقة .

وحيـث إن ضمانة الدفاع وإن كانت لاترتبط لزوماً بمرحلة المحاكمة وحدهـا كمـا سلف القول، إلا أن الخصومة القضائية تمثل مجالها الأكثر أهمـية من الناحية العملية ، وهو ما يحتم انسحابها إلى كل دعوى سواء كانـت الحقـوق المـثارة فـيها من طبيعة مدنية أم كان الاتهام الجنائى موضـوعها . ولقد كان تقدير هذه المحكمة لحق الدفاع وإقرارها لأهميته واضـحاً فى مجال تحديدها للشروط التى يتعين استجماعها لاعتبار العمل قضـائياً ، وذلك بما جرى قضاؤها من أن القرار الذى يصدر عن جهة خولهـا المشـرع ولاية الفصل فى نزاع معين ، لايكون قراراً قضائياً إذا كانـت ضمانة الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التى تنظم هذه الولاية وتبين حدودها .

وحيث إنه وإن صح القول بأن المعسرين لاحق لهم فى اختيار محاميهم وإن حقوقهـم فى مجال ضمانة الدفاع لاتجاوز الحق فى تمثيل ملائم يرعى مصالحهم ويرد غائلة العدوان عنها عن طريق من يندبون من المحامين لهذا الغـرض ، فإن من الصحيح كذلك أن اختيار الشخص لمحام يكون قادراً على تحمل أتعابه ، إنما يتم فى إطار علاقة قانونية قوامها الثقة المتبادلة بين

طرفيها ، ويتعين بالتالى أن يظل الحق فى هذا الاختيار محاطاً بالحماية التى كفلها الدستور لحق الدفاع كى يحصل من يلوذ بهذا الحق على المعونة التى يطلبها معتصماً فى بلوغها بمن يختاره من المحامين متوسماً فيه أنه الأقدر- لعلمه وخبرته وتخصصه – على ترجيح كفته ، ذلك أنه فى نطاق علاقة تقوم على الثقة المتبادلة بين الشخص ومحاميه ، فإنه يكون مهيأ أكثر للقبول بالنتائج التى يسفر عنها الحكم فى دعواه . فضلا عن أن حدود هذه العلاقة توفر لمن كان طرفا فيها من المحامين حرية إدارة الدفاع وتوجيهه الوجهة التى يقدر أنها الأفضل لخدمة مصالح موكله فى إطار أصول المهنة ومقتضياتها . وعلى ضوء هذه الوكالة القائمة على الاختيار الحر والتى يودع من خلالها الموكل بيد محاميه أدق أسراره وأعمق دخائله اطمئناناً منه لجانبه ، يتخذ المحامى قراراته حتى ما كان منها مؤثراً فى مصير موكله ، بل إن حدود هذه العلاقة تحمله على أن يكون أكثر يقظة وتحفزاً فى متابعته للخصومة القضائية وتعقبه لمسارها ومواجهته بالمثابرة لما يطرح أثناء نظرها مما يضر بمركز موكله فيها أو يهدده وبوجه خاص كلما كان الحكم بالإدانة أكثر احتمالاً أو كانت النتائج المحتملة للحكم فى النزاع بعيدة فى آثارها العملية القانونية .

وحيث إن ضمانة الدفاع قوامها تلك المعاونة الفعالة التى يقدمها المحامى لمن يقوم بتمثيله ، وهى ترتد على عقبيها إذا ما حمل الشخص على أن يختار محامياً أقل خبرة منحياً بذلك- وإعمالاً للنص التشريعى المطعون عليه- من يقدر أنه أكثر موهبة وأنفذ بصراً ، متى كان ذلك فإن حق الشخص فى اختيار من يوليه ثقته من المحامين يغدو لازماً لفعالية ضمانة الدفاع ، والانتقال بها إلى آفاق تعزز معاونة القضاء فى مجال النهوض

بالرسالة التى يقوم عليها ، وتحقق لمهنة المحاماة ذاتها تقدماً لاينتكس بأهدافها بل يثريها بدماء الخبرة والمعرفة وبغيرها قد يؤول أمر الدفاع — فى عديد من صوره — إلى النمطية العقيمة التى لا إبداع فيها، وإلى إفراغ متطلباته من محتواها .

وحيث إنه إذ كان ما تقدم ، وكان الأصل فى الحقوق التى كفلها الدستور أنها لا تتمايز فيما بينها ، ولا ينتظمها تدرج هرمى يجعل بعضها أقل شأناً من غيرها أو فى مرتبة أدنى منها ، بل تتكافأ فى أن لكل منها مجالاً حيوياً لايجوز اقتحامه بالقيود التى تفرضها النصوص التشريعية وكان هذا المجال يتحدد بالنسبة إلى الحقوق التى نص عليها الدستور فى صلبه على ضوء طبيعة كل حق منها ، وبمراعاة الأغراض النهائية التى قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء إقراره ، وفى إطار الرابطة الحتمية التى تقوم بين هذا الحق وغيره من الحقوق التى كفلها الدستور باعتباره مدخلاً إليها أو معززاً لها أو لازماً لصونها ، وكان إنكار حق الشخص فى أن يختار من المحامين من يقدر تميزه فى الدفاع عن المصالح التى يتوخى تأمينها والذود عنها ، لا يتمخض عن مصلحة مشروعة بل هو سعى إلى نقيضها ، باعتبار أن فعالية ضمانة الدفاع ينافيها ما قرره النص المطعون فيه من حرمان فئة بذاتها من المحامين — الأصل أن تتوافر لها الخبرة العريضة والإحاطة بفروع القانون المختلفة مع تعمقها لأغوارها وتقصيها لدقائقها— من مباشرة مهنة المحاماة أمام المحاكم الجزئية والابتدائية وما فى حكمها، لمجرد كون أفرادها يشغلون وظيفة بعينها أو كانوا قائمين

بأعبائها ، وذلك لما ينطوى عليه هذا النص من إنكار حق كل متقاض فى اختيار محام من بينهم يكون محل ثقته – سواء فى مجال قدراته القانونية أو القيم التى يتحلى بها فى أداء عمله أو الكيفية التى يواجه بها مسئولياته المهنية من الناحية العملية – وليس ذلك كله إلا عدواناً على حق الدفاع ينال من القيمة العملية لحق التقاضى مهدراً كذلك مبدأ الخضوع للقانون ومجرداً الحقوق والحريات التى نص عليها الدستور من أبرز ضماناتها . ومن ثم يكون النص المطعون فيه قد اقتحم الحدود التى رسمها الدستور مجالاً حيوياً لحق الدفاع ، وأخل بالحقوق الأخرى المرتبطة به برابطة وثيقة، ووقع من ثم باطلاً .

وحيث إن ما ينعاه المدعيان على النص التشريعي المطعون فيه من مخالفته مبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه فى المادة (٤٠) من الدستور ، فى محله ، ذلك أن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءاً بدستور ١٩٢٣ وانتهاء بالدستور القائم ، رددت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون وكفلت تطبيقه على المواطنين كافة ، باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعى ، وعلى تقدير أن الغاية التى يستهدفها تتمثل أصلا فى صون حقوق المواطنين وحرياتهم فى مواجهة صور التمييز التى تنال منها أو تقيد ممارستها ، وأضحى هذا المبدأ – فى جوهره– وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التى لايقتصر مجال تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها فى الدستور ، بل ينسحب مجال إعمالها كذلك إلى الحقوق التى يكفلها المشرع للمواطنين فى حدود سلطته التقديرية ،

وعـــلى ضـــوء ما يرتئيه محققاً للمصلحة العامة . ولئن نص الدستور فى المادة (٤٠) على حظر التمييز بين المواطنين فى أحوال بينتها هى تلك التى يقـــوم التمييز فيها على أساس من الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، إلا أن إيراد الدستور لصور بعينها يكون التمييز محظوراً فيها مرده أنـــها الأكثر شيوعاً فى الحياة العملية ولايدل البتة على انحصاره فيها دون غيرهـــا، إذ لو صح ذلك ، لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزاً دستورياً ، وهو ما يناقض المساواة التى كفلها الدستور ويحول دون تحقيق الأغراض التى قصد إليها من إرسائها . وآية ذلك أن من صور التمييز التى أغفلـــتها المادة (٤٠) من الدستور مالا تقل فى أهميتها- من ناحية محتواها أو فى مجـــال خطـــورة الآثار المرتبة عليها — عن تلك التى عينتها بصريح نصـــها ، كالتميـــيز بين المواطنين — فى مجال الحقوق التى يتمتعون بـــها وفقـــاً لأحكـــام الدســـتور أو فى نطاق حرياتهم التى يمارسونها بمراعاة قواعـــده- لاعتبار مرده إلى الملكية أو المولد أو الانتماء إلى أقلية عرقية أو عصـــبية قبلـــية أو مركز اجتماعى معين أو الانحياز إلى آراء بذاتـــها أو الانضـــمام إلى جمعـــية أو مساندة أهدافها أو الإعراض عن تنظيم تدعمه الدولـــة وغـــير ذلك من أشكال التمييز مما يؤكد أن صوره المختلفة التى تـــناقض مبدأ المساواة وتفرغه من محتواه، يتعين إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية ، لما كان ذلك ، وكان الدستور قد كفل حق الدفـــاع بالوكالـــة بما يعنيه ذلك أصلاً من ضمان حق الموكل فى فرصة مواتية يؤمن من خلالها اختيار محام يطمئن إليه ويثق فيه- مادام قادراً على

أداء أتعابه — وكان الحق فى هذا الاختيار يلعب دوراً متميزاً — سواء فى مجال فعالية المعونة التى يقدمها التى يقدمها الوكيل إلى موكله أو باعتباره مكونـــاً أساســياً لحق الدفاع بالوكالة فى مجالاته العملية الأكثر أهمية — وكانـــت المعاونة الفعالة التى يقدمها المحامى فى علاقته بموكله أمام المحاكم لاتقتصـــر عـــلى درجاتهـــا العليا ، وإنـــما تمتـــد كذلك إلى الخصومة القضائية فى مراحلها الأولى أمـــام المحاكم الجزئيـــة أو الابتدائية — ومـــا فى حكمهـــا— وذلـــك لإرساء أسسها من البداية على دعائم قوية تؤمن مســـارها وتـــرجح كفتها سواء من ناحية عناصرها الواقعية أو دعاماتها القانونية بما قد يضع نهاية مبكرة لها ويوفر لموكله جهداً يهدر ومالا يتبدد إذا استطال أمرها ، وكان المحامون الذين منعهم النص التشريعى المطعون فيه من مباشرة المهنة أمام المحاكم الجزئية والابتدائية وما فى حكمها — هم هؤلاء الذين يشغلون وظيفة معينة أوكانوا يقومون بأعبائها- ولايعتبرون بسببها أقل خبرة أو علماً بالقانون ممن خولهم ذلك النص حرية ممارستها أمـــام هذه المحاكم ذاتها بل هم مهيأون للاضطلاع بمسئولياتـــهم المهنية أمامهـــا بالـــنظر إلى خبراتـــهم المتميزة وإحاطتهم المتعمقة بعلم القانون ولكونهـــم مـــن المقبولين للمرافعة أمام المحاكم الأعلى درجة ، وكان من المقرر أن المحامين ورجال القضاء يلعبون معاً دوراً متكاملاً فى مجال ضمان إدارة أفضل للعدالة، وأنه فى مجال مهنة المحاماة فإن الحماية الملائمة لحقوق الأفـــراد وحـــرياتهم مناطها أن تزيل الدولة من خلال تنظيماتها التشريعية القيود غير المبررة التى تحول دون النفاذ الفعال إلى الخدمات القانونية التى

يقدمها المحامون لمن يطلبونها ، وكان مبدأ المساواة أمام القانون مؤداه ألا يخل المشرع بالحماية القانونية المتكافئة فيما بين الأشخاص المتماثلة مراكزهم القانونية، فى حين حرم النص التشريعى المطعون فيه الفئة التى شملها الحظر من الحق الذى كفله لغيرهم من المحامين ، دون أن يستند فى التمييز بين هاتين الفئتين إلى مصلحة مشروعة ، بل عمد إلى نقيضها ، فإن هذا التمييز يكون مفتقراً إلى الأسس الموضوعية التى تبرره ، ويكون بالتالى تحكمياً ومنهياً عنه بنص المادة (٤٠) من الدستور .

وحيث إنه على ضوء ما بسطناه فيما تقدم يكون حكم الفقرة الأولى من المادة (١٥) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ مخالفاً للمواد (٤٠) ، (٦٧)، (٦٨)، (٦٩) ، (٧١) من الدستور إذ كان ذلك وكانت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (١٥) من قانون المحاماة- فيما تنصان عليه من عدم سريان الحظر المشار إليه فى فقرتها الأولى على المحامين المقيدين لدى غير المحاكم المنصوص عليها فى هذه الفقرة وقت صدور ذلك القانون، ووقوع كل عمل يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة باطلاً — مرتبطتين بفقرتها الأولى ارتباطا لايقبل التجزئة ، إذ لاقوام لهما بدونها ولا يتصور إعمالهما استقلالاً عنها، ومن ثم فإنهما يسقطان بسقوطها وببطلان تبعاً لها .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة (١٥) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

أمين السر　　　　　　　　رئيس المحكمة

ويترتب على الحكم سالف الذكر عدم جواز تطبيق نص المادة المذكورة من اليوم التالى لنشر الحكم عملاً بالمادة ٣/٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا . وبالتالي فقد أصبح للمحامين المذكورين بالمادة سالفة الذكر ممارسة المحاماة أمام كافة المحاكم .

ونص المادة سالفة الذكر ورد فى بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم (١).

٢٥٤- جزاء حضور المحامى أمام محكمة غير مقيد للمرافعة أمامها :

إذا وكل محام فى الحضور أمام محكمة غير مقيد أمامها، كما لو كان مقيدا أمام المحاكم الابتدائية فوكل فى الحضور أمام محكمة الاستئناف فإن حضوره يكون باطلا ويعتبر كأن لم يكن .

ويترتب على ذلك اعتبار الخصم الذى حضر عنه غائبا بالجلسة التى حضرها المحامى الموكل عنه ، وما يترتب على ذلك من آثار .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ .

الوكالة فى الطعن بالنقض :

٢٥٥ - النصوص القانونية :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٥٣ مرافعات على أن :

" يرفع الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ويوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض ".

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٥٥ على أن : " يجب على الطاعن أن يودع قلم كتاب المحكمة وقت تقديم الصحيفة صورا منها بقدر عدد المطعون ضدهم وصورة لقلم الكتاب وسند توكيل المحامى الموكل فى الطعن .. إلخ " .

كما تنص المادة ٥٨ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن:

" لايجوز فى غير المواد الجنائية التقرير بالطعن أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا إلا من المحامين المقررين لديها سواء كان ذلك عن أنفسهم أو بالوكالة من الغير " .

٢٥٦ـ أحكام الوكالة فى الطعن بالنقض :

(أ)- وجوب توقيع صحيفة الطعن من محام مقيد أمام محكمة النقض:

يجب توقيع صحيفة الطعن بالنقض من محام مقيد أمام محكمة النقض . ويترتب على مخالفة ذلك القضاء ببطلان الطعن لرفعه من غير ذى صفة.

غير أن المادة ٢٥٣ مرافعات لم تتطلب وضعا معينا فى توقيع المحامى على صحيفة الطعن يكشف عن اسمه بوضوح ، ومن ثم يجوز أن يرد فى أى جزء من الصحيفة . والأصل هو افتراض صدور التوقيع ممن نسب إليه حتى يثبت العكس. ولا يكفى التوقيع غير المقروء الذى لم يقرن باسم صاحبه وما يدل على أنه محام مقبول أمام محكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفـــاد المـــادة ٢٥٣ مرافعات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع أوجب على الخصوم أن ينيبوا عنهم محامين مقبولين أمام محكمة النقض فى القيام بالإجراءات والمرافعة أمامها والحكمة فى ذلك أن هـــذه المحكمة لاتنظر إلا إلى المسائل القانونية فلا يصح أن يتولى تقديم الطعـــن إلـــيها أو التوقيع عليها والمرافعةفيها إلا المحامون المؤهلون لبحث مسائل القانون ، ويترتب على مخالفة هذا الحكم بطلان الطعن . لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن أصل صحيفة الطعن قد خلا مما يفيد أن من وقع عليه محام مقبول أمام محكمة النقض إذ ذيل أصل الصحيفة بتوقيع غير مقروء و لم يشر فيها إلى اسم من وقعها وأنه محام مقبول هذه المحكمة، فإن الطعن يكون باطلا ، ولايغير من ذلك إيداع صحيفة الطعن من محام مقـــبول أمام محكمة النقض موكل من الطاعنين ذلك أن الغاية من توقيع محـــام مقبول أمام محكمة النقض على صحيفة الطعن لم تتحقق على هذه الصـــورة لأن هـــذا التوقيع هو وحده الذى يضمن جدية الطعن وكتابة أسبابه على النحو الذى يتطلبه القانون " .

(طعن رقم ٣٨٦٧ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٣/٩)

٢- " المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات لم تتطلب وضعا معينا فى توقيع المحامى على صحيفة الطعن يكشف عن اسمه بوضوح وكان الأصل بالنسبة للتوقيع

٣- " هـــو افتراض صدوره مما نسب إليه حتى يثبت العكس . وكان الثابـــت من صحيفة الطعن أنـــها صدرت من الأستاذ .... المفوض من مجلس إدارة الشركة الطاعنة فى مباشرة الطعن بـــموجب التوكيل الصادر لـــه مـــن رئـــيس مجلس الإدارة والممثل القانونى لها فإن التوقيع المذيل به صحيفة الطعن أسفل عبارة وكيل الشركة الطاعنة فإنه يكون منسوبا إليه ومفترضا صدوره منه " .

(طعن رقم ٣٨٥٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/٧/١٠)

ويكفـــى توقيع المحامى المقبول أمام محكمة النقض على أصل صحيفة الطعن المودعة قلم الكتاب دون التوقيع على الصورة المعلنة منها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقـــرر — فى قضاء محكمة النقض — أنه ليس فى نصوص القانون ما يوجب توقيع المحامى على الصورة المعلنة من صحيفة الطعن اكتفاء بتوقيعه عـــلى أصـــلها المـــودع قلم الكتاب ومن ثم فإن خلو الصورة المعلنة من صحيفة الطعن للشركة المطعون ضدها من توقيع المحامى الذى قرر بالطعن بالنقض لا يبطل الطعن " .

(طعن رقم ٦٨٣٤ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٢)

(أنظر أيضا قضاء النقض المنشور فى "ب").

(ب)- عدم اشتراط سبق الوكالة لتوقيع المحامى :

لايشترط أن يسبق توقيع المحامى صحيفة الطعن بالنقض صدور وكالة له من الخصم برفع الطعن ، غير أنه يتعين إيداع سند توكيل المحامى وقت تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب ، ويجوز إيداعه حتى المرافعة فى الطعن.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنـــه وإن كـــان لايلزم وفقا للمادة ٢٥٣ من قانون المرافعات حصول المحامى الموقع على صحيفة الطعن على توكيل سابق إلا أنه يتعين وفقـــا للمادة ٢٥٥ من قانون المرافعات إيداع سند توكيل المحامى وقت تقديم الصحيفة ، لما كان ذلك ، وكان الثابت أن المحامى الذى وقع على صحيفة الطعن لم يقدم سند وكالته وقت تقديم صحيفة الطعن أو بعده ، وأنه يتعين الحكم ببطلان الطعن لرفعه من غير ذى صفة " .

(طعن رقم ٣٤٧ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠)

٢- " إنـــه وإن كـــان لايلزم وفقا للمادة ٢٥٣ من قانون المرافعات حصـــول المحامى الموقع على صحيفة الطعن على توكيل سابق ، وكانت المـــادة ٢٥٥ من قانون المرافعات توجب إيداع سند توكيل المحامى وقت تقـــديم الصحيفة إلا أن ذلك لايمنع من تقديـــمه بعد ذلك وحتى جلسة المـــرافعة. لمـــا كان ذلك وكان الثابت أن المحامى الذى وقع على صحيفة الطعن لم يقدم سند وكالته عن هؤلاء الطاعنين وقت تقديم صحيفة الطعن أو بعـــده وحتى جلسة المرافعـــة فإنه يتعين الحكم ببطلان صحيفة الطعن بالنسبة لهم لرفعه من غير ذى صفة " .

(طعن رقم ٨٢٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٤)

٣- " لمـــا كانـــت المادة ٢٥٥ من قانون المرافعات قد أوجبت على الطـــاعن بالنقض أن يودع سند وكالة المحامى الموكل فى الطعن ، وكان الثابـــت أن المحـــامى الذى رفع الطعن عن الطاعنين قد أودع عند تقديم صـــحيفة الطعن توكيلا صادرا إليه من الطاعن الثالث عن نفسه وبصفته

وكيلا عن الطاعنات الرابعة والسادسة والسابعة إلا أنه لم يودع - أو يقدم لـــلمحكمة لـــدى نظـــر الطعن وتداوله بالجلسات - التوكيل المذكور للـــتحقق من صفة الطاعن الثالث فيه ولبيان ما إذا كان هذا التوكيل يجيز لــه توكـــيل محام للطعن بالنقض ، لماكان ذلك فإن الطعن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يضحى- بالنسبة للطـــاعنـــات الرابعـــة والسادسة والسابعة - غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة " .

(طعن رقم ١٢ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٢/١٠/٢٦)

٤- " الطاعنة الأولى لم تقدم - حتى قفل باب المرافعة فى الطعن. سند التوكـــيل الصادرمنها إلى الطاعن الرابع الذى وكل المحامىالذى رفع هذا الطعن ومن ثم يتعين عدم قبول الطعن من الطاعنة الأولى " .

(طعن رقم ١٩٦ لسنة ٦١ جلسة ١٩٩٧/٦/١٧)

(ج)- يكفـــى أن يكون المحامى مقيدا أمام محكمة النقض عند رفع الطعن ولو لم يكن كذلك وقت صدور التوكيل :

كـــل ماتشترطه المادة ٢٥٣ مرافعات أن توقع صحيفة الطعن بالنقض مـــن محام مقبول أمام محكمة النقض. ومن ثم فإن هذا الشرط يتحقق إذا كـــان المحامى مقبولا أمام محكمة النقض وقت الطعن بالنقض ولو لم يكن كذلك وقت صدور التوكيل إليه من الطاعن إذا كان التوكيل سابقا على رفع الطعن [1].

---

(١) المستشار طـــه الشريف نظرية الطعن بالنقض فى المواد المدنية والمواد التجارية ص ٣٧٠ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لمـــا كـــان كل ما تقتضيه المادة ٤٢٩ من قانون المرافعات أن يوقع تقريـــر الطعن بالنقض محام مقبول أمام محكمة النقض بوصفه وكيلا عن الطاعن فإن مفاد ذلك هو وجوب تحقق هذا الشرط وقت التقرير بالطعن بالنقض ولو لم يكن المحامى الذى قرر به مقبولا أمام محكمة النقض وقت صدور التوكيل له ذلك لأن العبرة فى تحديد نطاق التوكيل وبيان سلطات الموكل بالوقت الذى يجرى استعمال التوكيل فيه بتنفيذ العمل المشار إليه بـــه . فإذا كان المحامى الذى قرر بالطعن بطريق النقض – وقت صدور التوكيل– مقيدا بجدول المحامين لدى المحاكم الشرعية و لم يكن مقبولا أمام محكمـــة الـــنقض ، وكان الثابت أن عبارة التوكيل تخول له حق التقرير بطريق النقض و لم يحدد التوكيل بقيد زمنى و لم يعدل عنه فهو ينصرف إلى الحال والاستقبال على السواء " .

(طعن رقم ٩ لسنة ٢٧ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥)

(و)– عدم اشتراط صـــدور توكيل مباشـــر إلى المحامى الذى وقع صحيفة الطعن :

إنما يلزم فى هذه الحالة تقديم التوكيل السابق وإيداعه قلم الكتاب قبل المرافعة فى الطعن .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كـــان الثابـــت أن التوكيل المودع بملف الطعن بالنسبة للطاعنين الـــثامن والتاسع لم يصدر من هذين الطاعنين إلى المحامى الذى قرربه ،بل صـــدر إلـــيه من الطاعنة السابعة عن نفسها وبصفتها وكيلة عنهما دون

تقــدیم ذلك التوكيل للتعرف على حدود وكالتها وما إذا كانت تشمل الإذن لهــا فى توكيل محامين للطعن بالنقض أولا تشمل هذا الإذن، فإن الدفع بعدم قبول الطعن بالنسبة للطاعنين الثامن والتاسع للتقرير به من غير ذى صفة يكون فى محله " .

(طعن رقم ٤٧٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢)

(هــــ)- إذا كان الطاعن محاميا مقبولا أمام محكمة النقض جازله توقيع صحيفة الطعن .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وأخيراً أخذ قانون المرافعات الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فى المادة ٢٥٣ منه بالتعديل الذى أدخله القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ عــلىالمادة الســابعة آنفة الذكر ، وفى ذلك كله ما يدل على أن عبارة "الموكــل عن الطالب "- الملغاة – لم تكن تعنى منذ وضعها إلزام الخصم المقــبول أمام محكمة النقض أن ينيب عنه محاميا للتقرير بالطعن. لما كان ذلك وكانت الاعتبارات التى من أجلها أوجب المشرع على الخصوم أن ينيبوا عنهم أمام محكمة النقض محامين مقبولين لديها ، متحققة فى الخصم – وهو الأصيل – إذ كان هو نفسه محاميا مقبولا أمام هذه المحكمة ، فإن ما ذهبت إليه الأحكام السابق صدورها من دوائر المواد المدنية والتجارية ومــواد الأحوال الشخصية وغيرها، من استلزام الغيرية بين الخصم وبين المحــامي الحاصل منه التقرير بالطعن بالنقض ، وما يستتبعه ذلك من إلزام الخصــم عــلى الرغم من كونه محاميا مقبولا أمام محكمة النقض بتوكيل

محـــام للنيابة عنه فى ذلك ، وبطلان الطعن الذى يوقع هذا الخصم المحامى تقريـــره بنفســـه يكون غير سديد ومن أجل ذلك فإن هذه الهيئة تقضى بإجمـــاع الآراء بالعدول عن المبدأ الذى قررته الأحكام السابقة بالمخالفة لهذا النظر " .

(طعن رقم ٥٩٢ لسنة ٣٥ ق " هيئة عامة " جلسة ١٩٧٤/٣/٤)

(و)- إيداع التوكيل حتى الفصل فى الطعن :

يجب إيداع التوكيل ملف الطعن حتى الفصل فى الطعن ، حتى تتمكن المحكمـــة من التعرف على مدى اتساعه للطعن بالنقض . فإذا قام المحامى بســـحبه و لم يقدمه حتى جلسة المرافعة بطل الطعن ولايغنى عن التوكيل ذكر رقمه فى صحيفة الطعن[1] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وإن كـــان القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ — الذى رفع الطعن فى ظله — قد ألغى ما كانت تشترطه المادة السابعة من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ من ضرورة حصول المحامى المقرر بالطعن على توكيل سابق على التقرير ، إلا أن هذا الإلغاء— كما جـــاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون- لايعفـــى بطبـــيعة الحال المحامى من واجب تقديم التوكيل فيما بعد وقبل الفصـــل فى الطعن . فإذا كان المحامى المقرر بـــهذا الطعن لم يقدم سند توكيله عن الطاعن حتى حجزت الدعوى للحكم وكان لايغنى عن تقديم التوكـــيل المذكور مجرد ذكر رقمه فى التقرير بالطعن إذ أن تقديم التوكيل

---

(١) المستشار طه الشريف ص ٣٧٢ .

واجب حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع معرفة حدود الوكالة .
ومـــا إذا كانت تشتمل الإذن للمحامى الموكل فى الطعن بطريق النقض ، فإن الطعن يكون غير مقبول للتقرير به من غير ذى صفة " .

(طعن رقم ٢٢١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨)

(و)- لايشترط أن تكون عبارات التوكيل صريحة فى إجازة الطعن بالنقض :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقـــرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لايشترط فى عبارة التوكيل صيغة خاصة ولا النص فيها صراحة على إجازة الطعن بالنقض فى القضايا المدنية مـــتى كانت هذه الوكالة مستفادة من أية عبارة واردة فيه تتسع لتشمل الحـــق فى النيابة أمام المحاكم على اختلافها ، ولما كان الثابت من أوراق الطعـــن أن محامى الطاعنين قد أودع عند تقديم صحيفة الطعن التوكيل الصادر إليه من الطاعن الثانى عن نفسه وبصفته وكيلا عن باقى الطاعنين، وكانت عبارة توكيل هؤلاء الأخيرين للطاعن الثانى وهو رقم .... الذى أشير إليه عند إيداع صحيفة الطعن . وقدمه الطاعنون لهذه المحكمة تشمل وكالته عنهم أمام جميع المحاكم على اختلاف درجاتـــها وأنواعها فإنـــها بـــهذا الشمول تتسع لمباشرة القضايا أمام محكمة النقض طعنا وحضورا ، ومن ثم يكون الطعن المقام من أولئك الطاعنين مقدما من ذى صفة " .

(طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٥/٣١)

(أنظـــر أيضـــا طعـــن ٩٦٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٥ منشور ببند ٢٥٩) .

٢٥٧ـ عدم المنازعة فى الوكالة :

سارت محكمة النقض فى قضائها إلى أنه لايجوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله ، ولو باشر الوكيل الإجراء قبل صدور الوكالة.

وليس للموكل الذى لم يطالب بتقديم وثيقة التوكيل فى كافة درجات التقاضى أن يثير للمرة الأولى أمام محكمة النقض نـزاعا حول ذلك [1].

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا طولب المدعى عليهم بريع أطيان مدعى وضع يدهم عليها، وبنيت المطالبة على ورقة صادرة من أحدهم تعهد فيها عن نفسه وبصفته وكيلا عن اخوته الباقين بالتزامهم للمدعى عليهم بريع ما زاد على نصيبهم من الأطيان المتفق بموجب هذه الورقة على اختصاصهم بها مؤقتا حتى تتم القسمة القضائية بين الجميع ، وكان سائر المدعى عليهم لم ينكروا هذه الوكالة ولم ينازعوا فيها فى أى دور من أدوار التقاضى ، وقصروا دفاعهم على أن شقيقهم (الوكيل) هو واضع اليد دونهم ، فاستخلصت المحكمة من ذلك أنهم مسلمون بالوكالة ولم تطلب ورقة التوكيل بل قضت فى الدعوى على أساس الالتزام الثابت عليهم بموجب تلك الورقة ، فحكمها هذا لا مخالفة فيه للقانون ولا إخلال بحق الدفاع ولا قصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/٥/٣)

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٠.

٢- " لايجــوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله ، فإذا باشر المحامى إجراء قبل أن يصدر توكيلا له من ذى الشأن الذى كلفه بالعمل فلا يعترض عليه بأن التوكيل لاحق على تاريخ الإجراء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

(طعن رقم ٣١١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١١/١١)

٣- " المقــرر- فى قضاء هذه المحكمة- أنه لايجوز أن تتصدى المحكمة لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله لأن فى ذلــك تجاوزا فى الاستدلال ضار بحقوق الناس ، فإذا باشر المحامى إجراء قبل أن يستصدر توكيلا له من ذوى الشأن الذى كلفه بالعمل فلا يعترض علــيه بــأن التوكــيل لاحق على تاريخ الإجراء مالم ينص القانون على خــلاف ذلــك — لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن مأمورية الضــرائب أخطرت الطاعن بصافى أرباحه عن عام ١٩٤٩ بالنموذج ٦ مكرر ضريبة عامة على عنوانه بفرنسا بتاريخ ١٩٥٥/٩/٢٦ وقد تسلمه الطاعن فى ١١/٩/ ١٩٥٥ وطعن محاميه على هذا التقرير أمام لجنة الطعن بتاريخ ١٩٥٥/١٢/٧ بوصفه وكيلا رسميا عنه ، وأن التوكيل الصادر من الطــاعن لمحاميه مصدق عليه بتاريخ ١٩٥٥/٥/٨ وأودع أصله مصلحة الشهر العقارى بالقاهرة بموجب محضر الإيداع الرسمى رقم ٥١٥٢ لسنة ١٩٥٦ توثــيق القاهرة كما خلت الأوراق من وجود منازعة من الطاعن عــلى وكالة محاميه فإن الطعن يعد مرفوعا فى الميعاد المقرر قانونا ، وإذا خاف الحكم المطعون فيه هذا النظر مستندا إلى أن طعن المحامى فى تقدير

اللجـــنة كان فى ١٩٥٥/١٢/٧ وأن التصديق على الوكالة تم فى تاريخ لاحق لذلك مما يجعل الطعن مقدم من غير ذى صفة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٣٨ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٧/١١/١٥)

٤- " إدعاء الطاعن – بحضور محام عن المطعون ضده الأول وهو ليس موكـــلا عـــنه ، لا محل له إذا أن صاحب المصلحة فى التمسك بذلك هو المطعون ضده الأول وليس الطاعن " .

(طعن رقم ٤٩٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

٥- " جرى قضاء هذه المحكمة على أنه لايجوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقـــة الخصـــوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله ، والمطعون ضده الرابع لم ينكر وكالة المطعون ضده الأول فى التوقيع نيابة عـــنه عـــلى صحيفة الاستئناف كما لم يجحد حضوره عنه أمام المحكمة فاستخلصـــت محكمـــة الموضوع من المستندات المقدمة لها ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية وجاء استخلاصها سائغا يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها بحيث يعد النعى عليه جدلا موضوعيا لاتجوز إثارته أمام هذه المحكمة " .

(طعن رقم ٦٧١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٦)

٦- " لايجـــوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

لا محل لادعاء الخصم بحضور محامى عن خصمه وهو ليس موكلا عنه إذ أن صاحب المصلحة فى التمسك بذلك هو الموكل وحده " .

(طعن رقم ١٣٨٢لسنة ٥٢ جلسة ١٩٨٩/١/١)

٧- " المقــرر فى قضــاء هذه المحكمة أنه لايجوز أنْ تتصدى المحكمة لعلاقــة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله وإذ خــالف الحكــم المطعون فيه ذلك ولم يعتد بالاتفاق المبرم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده الأول بصفته وكيلا عن زوجته لعدم تقديمه سند الوكالة للوقوف على مدى سعته رغم أن المطعون ضدها الثانية مثلت فى الدعوى بمدافع عنها لم يعترض على وكالة زوجها عنها فى إبرام الاتفاق ولم يــنع علــيه بشئ ، وكان الثابت بالمخالصة المؤرخة ١٩٨٩/٦/٢٧ المقدمة من الشركة الطاعنة استلام المطعون ضده الأول عن نفسه وبصفته ولــيا طبيعيا على أولاده القصر ووكيلا عن زوجته المطعون ضدها الثانية مبلغ خمسة آلاف جنيه قيمة التسوية الودية التى تمت بينه وبين الشركة عن الأضــرار المالية والأدبية والموروثة نتيجة وفاة ابنه إثر حادث سيارة هيئة النقل العام المؤمن عليها لدى الشركة الطاعنة وتنازله عن أصل الحق وعن الاســتئناف المقام منه ومن المطعون ضدها الثانية ، بما مؤداه أن المطعون ضــده الأول قد قبض قيمة التعويض المحكوم به نــهائيا لأولاده القصر الثلاثة ومقداره ألف وخمسمائة جنيه بواقع خمسمائة جنيه لكل منهم وأنه تنازل عن نفسه وبصفته وكيلا عن زوجته على وجه التقابل عن جزء من ادعائــه فــيما يتعلق بالتعويض المتنازع عليه وتخالص عما حكم به لهما

ابتدائيا ، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا حسم النـــزاع بالصلح فإنه لا يجوز لأى من المتصالحين أن يجدد النـــزاع لا بإقامة دعوى به ولا بالمضـــى فى الدعـــوى الـــتى كانت مرفوعة بما حسمه الطرفان صلحا ، وانقضاء ولاية المحكمة فى الفصل فى النـــزاع بما يعنى انتهاء الخصومة، وإذ خـــالف الحكـــم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطـــأ فى تطبيقه ويتعين نقضه والحكم بانتهاء الخصومة فى الاستئنافين صلحا " .

(طعن رقم ٦٦٧٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٣/١٢)

وقـــد ذهب – بحق – رأى إلى أن ما ورد فى بعض الأحكام السابقة مـــن مباشرة المحامى للأعمال القانونية قبل أن يستصدر توكيلا ممن كلفه بـــهـــا، هـــو تعبير غير دقيق إذ لابد من وكالة سابقة على قيام الوكيل بالعمل وقد تمت هذه الوكالة بالفعل بالتكليف الصادر من الموكل وتنفيذ الوكيل لما كلف به ، ولكن المقصود هو قبل توثيق سند الوكالة بالحضور فى الدعوى وهو أمر يختلف عن الوكالة فى التقاضى وكذلك الشأن فيما ورد فى بعـــض الأحكـــام من عدم جواز تصدى المحكمة والخصوم لصفة المحـــامى فى الحضور إذ ذلك واجب على المحكمة وجائز للخصوم للتثبت من توافر شروط الحضور عن الموكل أمام القضاء ولكن المقصود هو عدم جـــواز التصدى للوكالة فى أعمال التقاضى غير الحضور أمام القضاء وما استلزم فيه المشروع تفويضا خاصا [1].

---

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ٥١٨ وما بعدها .

٢٥٨- عدم التوسع فى تفسير الوكالة الخاصة :

يلــزم فى حالة الوكالة الخاصة عدم التوسع فى تفسير الوكالة . فيجب على الوكيل أن يباشر العمل الذى وكل فيه بالكيفية التى رسمت له . وأن يلــتزم فى تصــرفاته الحدود المرســومة له فى عقد الوكالة. وهذا ما عناه المشرع بالنص فى الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٢ على أن : " الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها " (١).

فالوكالة بالرهن لا يتضمن التوكيل بعقد الكفالة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الكفالة من عقود التبرع فيجب عملا بالمادتين ٥١٦و٥١٧ من القانون المدنى أن يكون بيد الوكيل الذى يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك . فإذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن يرهن ما يــرى رهــنه من أملاك الموكل ويقبض مقابل الرهن فإنه يكون مقصورا عــلى الاستدانة ورهن ما يفى الدين من أملاك الموكل. ولايجوز الاعتماد علــيه فى أن يكفل الوكيل باسم موكله مدينا وأن يرهن أطيان الموكل تأمينا للوفاء بالمدين " .

(طعن رقم ٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/٤/١)

٢- إذا قضــت المحكمة بأن تصرف الوكيل كان فى حدود التوكيل وأن التوكــيل يبيح له الانفراد بالتصرف ، وبنت ذلك على تفسيرها عقد الوكالة واعتمدت فى هذا التفسيرعلى عبارة التوكيل وعلى قصد المتعاقدين

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٧٢.

المســـتفاد من الوقائع والملابسات التى اتصلت بتصرف الوكيل، وكان ما انتهـــت إلـــيه متسقاً مع الوقائع التى استندت إليها وغير متنافر مع عقد الوكالة ، فذلك من شأنـــها ولا معقب عليها فيه لمحكمة النقض ".

(طعن رقم ٥٩ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٤/٢/١٧)

والوكالـــة فى إبرام عقد البيع لا تجعل للوكيل صفة فى تمثيل الموكل فى الخصـــومات التى تنشأ بسبب تنفيذ هذا العقد إلا إذا وجد اتفاق يقضى بإخفاء هذه الصفة على الوكيل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الوكالة فى إبرام عقد البيع لا تجعل للوكيل صفة فى تمثيل الموكل فى الخصـــومات التى تنشأ بسبب تنفيذ هذا العقد إلا إذا وجد اتفاق يقضى بإضـــفاء هذه الصفة على الوكيل . فإذا كان الحكم المطعون فيه وقد قرر أن وكالـــة الطاعنة عن الشركة البائعة ليست قاصرة على إبرام العقد بل إنـــها نائبة عن تلك الشركة فى الديار المصرية دون أن يبين حدود هذه النـــيابة وما إذا كانت تشمل تمثيل الشركة الأصلية فى الدعاوى التى ترفع علـــيها فى الديـــار المصرية أولا تشمل ذلك ، فإن الحكم بتجهيله حدود النـــيابة التى قال بقيامها يكون قد أعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/٣٠)

والتوكـــيل الذى يعطى من بعض الورثة مفوضا فيه إلى وكيلهم قبض وتسلم حقوقهم فى التركة، وإعطاء المخالصة والمرافعة والمصالحة والإبراء

والإقرار ، والإنكار فى شأن ذلك وفى جميع الدعاوى التى تقام ، لايشمل بيع عقار مملوك للورثة [١].

وتوكيل شخص فى إيجاد مشتر لعقار لا يتضمن توكيله فى بيع هذا العقار .

وإذا كانت الوكالة خاصة بنوع من التصرفات فى مستوى معين من الخطورة ، فإنه يثور التساؤل عما إذا كان يدخل ضمن حدود مكنة الوكيل إجراء تصرفات مشابهة أقل خطورة مما صرح به فى الإنابة وذلك على أساس أن (من يملك الأكثر يملك الأقل) .

وقد ذهب الفقه إلى أنه من الأوفق أن يترك الأمر للقضاء فى كل حالة على حدة ليقرر ما إذا كان العمل الأقل خطورة — من حيث نوعه — داخلا فى نطاق الوكالة طبقا للقاعدة المشار إليها أو خارجا عنها لما يلازمه فى العمل من ظروف قد تجعل خطورته العملية أكبر من خطورة العمل المصرح به فى الوكالة [٢].

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩٩٤/١٢/٩ بأن الزوجة التى صدرت لها وكالة من زوجها فى البيع والشراء والرهن والقبض لها أن تفترض باسم زوجها عن طريق توقيع سندات إذنية.

وبعكس ذلك قضت فى حكمها الصادر فى ١٩٤٢/١١/٢٥ فى دعوى زوج صدرت له من زوجته إنابة فى رهن أموالها وقام الزوج

(١) محمد على عرفه ص ٣٧٢ واستئناف أهلى ١٩٠٤/٢/١١ المشار إليه بهامش (٥) .

(٢) جمال مرسى بدر ص ٢١٠ .

بالاقتراض باسم الزوجة بمقتضى هذه الإنابة وذلك بغير رهن وعن طريق توقيع سندات إذنية إذ قضت بأن تصرف النائب على هذا الوجه خارج عن حدود نيابته ولايلزم الأصيل مقررة أن المبدأ القائل " من يملك الأكثر يملك الأقل " ليس مؤداه إدخال عمل غير مصرح به كالاقتراض عن طريق توقيع سندات فى نطاق إنابة قاصرة على رهن أموال الأصيل . وقد أوضحت المحكمة فى حيثياتها أن خطورة الاقتراض عن طريق توقيع سندات وبغير رهن قد تتجاوز فى العمل خطورة الاقتراض برهن وذلك لأن التزامات الأصيل فى هذه الحالة الأخيرة لايمكن أن تتجاوز مبلغا يتناسب وقيمة أمواله التى سترهن ضمانا للدين بينما التزاماته فى حالة الاقتراض بغير رهن لاتتحدد بشئ من ذلك وقد تتجاوز المدى الذى كان يقصده الأصيل عند صدور الإنابة [١].

وفى تقديرنا أن التوكيل بالتنازل يبيح للوكيل ترك الخصومة والصلح. والتوكيل الذى يبيح الصلح لايجيز التنازل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان التوكيل خالية عبارته عن النص على التنازل عن الحقوق ولكنه صريح فى تخويل الوكيل إجراء الصلح ، وتنازل الوكيل عن حقوق موكله قبل خصمه مقابل تنازل الخصم عن حقوقه ، فهذا لا يكون تنازلا محضا من طرف واحد ، وإنما هو صلح مما تتسع له حدود التوكيل " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/١١/١٨)

---

(١)أورده جمال مرسى بدر ص ٢١١ وما بعدها .

٢٥٩ـ إثبات نطاق الوكالة :

لايخضـــع إثـــبات نطاق الوكالة ومدى سعتها لقواعد إثبات الوكالة ذاتـــها، فيجوز إثبات نطاق الوكالة بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البيـــنة والقرائن ، ولو كانت الوكالة ذاتـــها لايجوز إثباتـــها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها . وعلى من يدعى سعة الوكالة لتشمل أمر معين عبء إثبات ذلك .

وللمحكمة استخـــلاص مـــدى الوكالة من عبـــارات العقد والظروف والملابسات التى صدر فيها .

ويخضـــع ذلـــك فى النهاية لمطلق تقدير القاضى دون معقب عليه من محكمـــة النقض، طالما أن ما حصلته المحكمة من ذلك تبرره المقدمات التى ساقتها ولا تتعارض مع أى نص فى عقد الوكالة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن لقاضى الموضوع بما له من السلطة فى تعرف حقيقة ما أراده العاقدان فى العقد المبرم بينهما أن يحدد مدى الوكالة على صدى ظروف الدعوى وملابساتـــها . فإذا كـــانت المحكمة فى الدعوى المرفوعة على المحـــامى من موكله يطالبه بمبلغ مقابل ما أضاعه عليه بإهماله تجديد قـــيد الـــرهن على الأطيان التى وكله فى مباشرة إجراءات نـــزع ملكيتها حتى ســـقط القيد وأصبح دينه عاديا قد قضت على المحامى بالتعويض مؤسسة قضـــاءها عـــلى مـــا استظهرته من عقد الوكالة المحرر للمحامى ، وما استخلصـــته مـــن الظروف والملابسات التى صدر فيها من أنه وإن كان

مـــتعلقا بدعوى معينة إلا أنه عام فيها فيشمل التزام المحامى بالعمل على تجديـــد قـــيد الرهن فى الميعاد ، وكان ما حصلته المحكمة من ذلك تبرره المقدمات التى ساقتها ولا يتعارض مع أى نص فى عقد الوكالة ، فلا تقبل مناقشتها لدى محكمة النقض والإبرام بدعوى أنـــها مسخت ذلك العقد وحرفت معناه " .

(طعنان رقما ٦٩ لسنة ١٠ق ،٧٠ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٢/٥/٢١)

٢- (أ)- المناط فى التعرف على مدى سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل الوكيل إجراءها أو من أموال تقع علـــيها هـــذه التصرفات، يتحدد بالرجوع إلى عبارة التوكيل ذاته ، وما جـــرت بـــه نصوصـــه وإلى الملابسات التى صدر فيها التوكيل وظروف الدعـــوى . ولاعبرة فى هذا الخصوص بـــما قد يتمسك به الموكل قبل الغـــير الذى تعامل مع الوكيل من أسباب تتعلق بالشكل الذى أفرغ فيه التوكـــيل أو بالجهـــة التى تم توثيقه أمامها إلا إذا كان العمل الذى صدر التوكـــيل من أجله يتطلب شكلا معينا ، فيتعين عندئذ أن يتخذ التوكيل هذا الشكل".

(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/٦)

(ب) - " تحديـــد مـــدى سعة الوكالة يعد تفسيرا لمضمونـــها، مما يضطلع به قاضى الموضوع بغير معقب عليه من محكمة النقض مادام هذا التفسير يقع على توكيل لم يتم إلغاؤه ، ومما تحتمله عبارته بغير مسخ " .

(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/٦)

٣- " إذ كــان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا لم يكن التوكيل صــريحا فى تخويــل المحامى أن يطعن نيابــة عن الموكــل بطريق النقض، فللمحكمة أن تحصل ذلك من عبارة التوكيل والملابسات التى حرر فيها . لما كان ذلك وكانت عبارات التوكيل تدل على أن الطاعن فوض زوجته إدارة كافــة أمواله والتصرف فيها وأنه وكلها فى اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحفاظ عليها ، فإن صدور التوكيل فى الخارج ومن شخص غير مصــرى لــيس له دراية بإجراءات التقاضى فى مصر يشير إلى أن نطاق التوكيل العام يرخص لزوجة الطاعن ووكيلته فى توكيل محامين نيابة عنه لمباشرة إجراءات الدعاوى أمام المحاكم بمختلف درجاتــها ومنها محكمة النقض " .

(طعن رقم ٩٦٩ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٥)

٤- (أ)- " تخــتلف ســعة الوكالة باختلاف الصيغة التى يفرغ فيها التوكــيل ومؤدى نص المادة ٧٠٢ من القانون المدنى أن الوكالة الخاصة تحــدد بعمل أو أعمال قانونية معينة وترد على أعمال التصرف وأعمال الإدارة عــلى الســواء وهى وإن اقتصرت على عمل معين فهى تشمل كذلــك توابعه ولوازمه الضرورية وفقا لطبيعة الأشياء والعرف السارى، وتحديــد مــدى الوكالة مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع بماله من الســلطة فى تعــرف حقيقة ما أراده العاقدان مستعينا بعبارة التوكيل وبظروف الدعوى وملابساتــها طالما كان الاستخلاص سائغا " .

(ب) – " إذا كـــان البين من مطالعة التوكيل الصادر من المستأجرة الأصلية إلى المطعون عليه الثانى أنه توكيل رسمى عام تضمن توكيلا خاصا مضـــافا إليه فى " البيع والشراء فيما يتعلق بالمنقولات وكل ما هو منقول وثابـــت والتوقيع على عقد البيع الابتدائى وقبض الثمن ..." فإن نطاق هذه الوكالة يتسع لتصرف المطعون عليه الثانى فى التنازل عن حق الإيجار باعتباره بيعا لمنقول " .

(طعن رقم ٥٩٨ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢١)

٥- " لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تحديد نطاق الوكالة وبيان ما قصـــده المـــتعاقدان مـــنها مستعينة ، فى ذلك بعبارة التوكيل وظروف الدعوى وملابساتـــها ، متى كان استخلاصها سائغا يؤدى إلى ما انتهت إليه".

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/١٠/٢٦)

٦- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المناط فى التعرف على مدى سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل للوكيل إجراءها أو من أموال تقع عليها هذه التصرفات يتحدد بالرجوع إلى عـــبارة التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وإلى الملابسات التى صدر فيها وظروف الدعوى ، فإذا استعمل المتعاقدان نموذجا مطبوعا للعقد أو المحرر وأضافا إليه بخط اليد أو بأيـــة وسيلة أخـــرى شروطا أو عبارات تـــتعارض مـــع الشـــروط والعبارات المطبوعة وجب تغليب الشـــروط والعبارات المضافة باعتبارها تعبيرا واضحا عن إرادة المتعاقدين " .

(طعن رقم ١٤٩٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/٦/٢٥)

٧- " تفســـير عبارات الوكالة وتحديد سعتها هو مما يختص به قاضى الموضوع بغير معقب عليه من محكمة النقض مادام هذا التفسير يقع على توكيل لم يتم إلغاؤه ومما تحتمله عباراته بغير مسخ " .

(طعون أرقام ٣١٥، ٦٣٢، ٧٠٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٢/٧/٣٠)

(ثانيا)

(السبب فى عقد الوكالة)

٢٦٠ – إحالة إلى القواعد العامة :

السـبب ركن فى عقد الوكالة كسائر العقود ، ومن ثم فإنه يخضع فى أحكامه للقواعد العامة .

ونكتفى هنا بالإشارة إلى ما نصت عليه المادة ١٣٦ مدنى من أنه إذا لم يكـن للالـتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا النظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " – ومن ثم فإنه يجب أن يكون السبب مشروعا ، فإذا قبل شخص وكالة امرأة فى أعمال إدارة أو تصرف مقابل استمرار علاقة غير مشروعة معها كانت تلك وكالة باطلة لمخالفتها للآداب [١].

والوكالة إن كانت من غير مقابل فإنـها تكون من عقود التبرعات ، ويكون السبب فيها رغبة المتبرع وميله نحو المتبرع له ، وإن كانت بمقابل فإنـها تكون من العقود الملزمة للطرفين ، ويكون التزام كل عاقد سببا فى التزام الآخر [٢].

ويتصـل بالسبب فى الوكالة الشخص الذى تنعقد الوكالة لمصلحته ، والأصـل أن الوكالة تنعقد لمصلحة الموكل . وقد تنعقد لمصلحة كل من الموكـل والوكيل ، كما إذا وكل شخص دائنه فى بيع مال له ليتقاضى

---

(١) محيى الدين علم الدين ص ٢٠٣ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٦٨.

حقـــه مـــن ثمنه ، أو وكل أحد الشريكين فى الشيوع الشريك الآخر فى إدارة المال الشائع . ولا تنعقد الوكالة لمصلحة الوكيل وحده ، فلا تكون هناك وكالة إذا أشار شخص على آخر أن يعقد لنفسه صفقة رابحة.

وقد تنعقد الوكالة لمصلحة الموكل والغير، كما إذا وكل شخص آخر فى بـــيع ماله ليسدد من ثمنه دينا فى ذمته للغير . فالوكالة انعقدت هنا لمصلحة كل من الموكل ودائنه الذى سيستوفى حقه من الثمن . ويجوز أن تكون الوكالة لمصلحة الغير وحده ، كما إذا قام فضولى بإدارة عمل للغير ووكـــل شخصا آخر عنه فى إدارة العمل أو فى المضى فيه . وإذا انعقدت الوكالـــة لمصلحة الموكل والغير ، جاز لكل منهما مطالبة الوكيل بتنفيذ الوكالة بموجب عقد الوكالة ، والغير بموجب الاشتراط لمصلحته [١].

---

(١) السنهورى ص ٤٨٩ هامش (١) .

موضوع رقم (٢٥)

(شروط صحة عقد الوكالة)
(الأهلية وعيــوب الرضــاء)
(أولاً : الأهلية فى عقد الوكالة)

٢٦١ — (أ) ـ أهلية الموكـل :

لم يــنص القانون على أهلية خاصة يجب توافرها فى الموكل ، ومن ثم فإنــها تخضع للقواعد العامة .

وعلى ذلك يجب أن تتوافر فى الموكل أهلية مباشرة التصرف موضوع الوكالــة لأن آثار هذا التصرف تنصرف إليه ، فإذا كان الموكل غير أهل لمباشــرة هذا التصرف ، كانت الوكالة قابلة للإبطال لمصلحته . ويترتب على بطلانــها بطلان التصرفات التى قام بــها الوكيل مع الغير لحسابه[1]. حــتى لو كان الوكيل حسن النية ، أو كان الغير الذى تعاقد معه حسن النية ، ما لم يكن هناك محل لتطبيق قواعد الوكالة الظاهرة [2].

فــإذا كان محل الوكالة إبرام عقد بيع مثلا وجب أن تتوافر فى الموكل أهلــية التصرف ، وإذا كان محل الوكالة عملا من أعمال الإدارة وجب توافر أهلية الإدارة فيه .

وكــان المشــروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا برقم (٩٧) يجــرى فى فقرته الأولى على أن : " يجب أن يكون الموكل أهلا أن يؤدى

---

(١) أكثم الخولى ص ٢٠٢ .

(٢) السنهورى ص ٥٢٤ .

بنفســه العمل الذى وكل فيه " إلا أن هذا النص حذف بلجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة [(١)].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى بشأنه :

" ولمــا كان العمل القانونى الذى يبرمه النائب لحساب الأصيل وباسمه ينصرف أثره إلى الأصيل مباشرة (م١٥٨ من المشروع) وجب أن يكون الموكــل أهلا وقت الوكالة أن يؤدى بنفسه العمل الذى وكل فيه . فإذا وكــل فى بيع وجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف الواجب توافــرها فى البــائع، وإذا وكــل فى إيجار وجب أن تتوافر فيه أهلية الإدارة الواجب توافرها فى المؤجر " [(٢)].

وبناء عليه لاتصح وكالة الصبى غير المميز ولا المجنون . ولاتصح وكالة الصــبى الممــيز فى الأمور التى هى ضرر محض فى حقه وإن أذن الولى ، كالهبة . وفى الأمور التى هى نفع محض يصح توكيله ، وإن لم يأذن الولى كقبول الهبة .

وللصـــبى الممــيز المأذون له بالإدارة أن يوكل غيره فى حدود أعمال الإدارة دون أعمال التصرف أو التبرع .

ولكن يجوز للصبى المميز الوكالة فى الحقوق التى يجوز له التصرف فيها طــبقا لأحكام القانون ، وإذا كانت الوكالة بمقابل وجب أن تتوافر لدى الموكــل أهلية التصرف. كما إذا وكل شخص آخر فى إيجار قطعة أرض

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ ٥ ص ١٨٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٥ ص ١٩١ .

نظـير أجـر . فإذا لم يكن لذى الموكل فى هذه الصورة أهلية التصرف كانـت الوكالـة صحيحة فيما يتعلق بوكالة الوكيل عن الموكل وقابلة للإبطال فيما يتعلق بالتزام الموكل .

وإذا لم تـتوافر الأهلية للموكل جـاز أن تصدر الوكالة من نائبه فى الحدود التى يقررها القانون .

٢٦٢ ـ العبرة فى توافر الأهلية بوقت الوكالة ومباشرة العقد :

يذهب رأى إلى أن العبرة فى تحديد أهلية الموكل بوقت عقد الوكالة لا بوقـت إجراء التصرف الموكل فيه . فإذا وكل ناقص الأهلية غيره بالبيع مثلا وقعت وكالته باطلة ، وبطل البيع المترتب عليها ولو كان الأصيل قد بلغ سن الرشد وقت مباشرة الوكيل لهذا التصرف [1].

ويذهب رأى آخر — نؤيده — إلى أن العبرة فى توافر الأهلية فى الموكل بوقـت الوكالة وبالوقت الذى يباشر فيه الوكيل العقد فى وقت واحد ، فلـو أن الموكـل لم يكن أهلا لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل لم تصح الوكالـة ، ولاتصح أيضا إذا كان الموكل أهلا وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد [2].

٢٦٣(ب) ـ أهلية الوكيل :

الوكـيل لا يـتأثر بالتصرفات التى يجريها لحساب الموكل ولذلك لا يشـترط فيه أن يكون أهلا لمباشرة هذه التصرفات . بناء على ذلك يجوز

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٣ — محمد كامل مرسى ص ٤٦٩.

(٢) السـنهورى ص ٥٢٤ — محيى الدين علم الـدين ص ٢٠٢ — جمال مرسى ص ٤٨ .

أن ينوب الشخص عن الغير فى مباشرة تصرف قانونى لايجوز له أن يباشره لحسـابه . فيكفى إذن أن يكون الوكيل قادرا على التمييز لأنه طرف فى العقد . فيجوز توكيل الصبى المميز فى مباشرة عمل من أعمال التصرف، كمـا يجوز توكيل المحجور عليه للسفه فى مثل ذلك . إنما لايجوز توكيل الصبىغير المميز أوالمجنون لأنـه لا إرادة لهما ، فـلاينعقـد العقـد بوجودهما(١).

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى — كما ذكرنا سلفا- يتضمن نصـا محذوفـا هو المادة ٩٧٤ تنص فى فقرتـها الثانية على أن : " أما الوكـيل فـيكفى فيه أن يكون قادرا على التمييز . لكن إذا كان ناقص الأهلية ، كان مسئولا قبل الموكل بالقدر الذى يمكن أن تتحقق مسئوليته، على الرغم من نقص أهليته " ، إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (٢).

وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .... أما الوكيل فلا ينصرف إليه أثر العقد، فلا يلزم أن تتوافر فيه الأهلـية الواجبة لإجراء العمل القانونى الذى وكل فيه . ولكنه لما كان طـرفا فى عقـد الوكالة ، فإن هذا العقد يكون قابلا للبطلان إذا كان قاصرا.... " (٣).

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٣ — أكثم الخولى ص ٢٠٢ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ١٨٩ .
(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ١٩١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت أهلية التصرف القانونى فى محل الوكالة يجب أن تتوافر فى الموكـــل ، فإنـــه لايجـــب توافرها فى الوكيل ، لأن أثر هذا التصرف لا ينصرف إليه بل ينصرف إلى الموكل ، فيجوز توكيل القاصر فى تصرف لا أهلية له فيه ، بل يكفى أن يكون الوكيل مميزا مادام يعمل باسم موكله لا باسمه الشخصى " .

(طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١/١٧)

٢٦٤ـ جزاء عدم توافر الأهلية فى الوكيل :

وإن كـــان لايلــزم فى الوكيل – كما ذكرنا سلفا – الأهلية الواجبة لإجـــراء العمل القانونى الذى وكل فيه ، وإنما يكفى أن يكون مميزا . إلا أنه لما كان طرفا فى عقد الوكالة، فإن هذا العقد يكون قابلا للإبطال إذا كـــان قاصـــرا . وهذا البطلان مقرر لمصلحة الوكيل القاصر ، فلا يجوز للموكل أو الغير طلب إبطال عقد الوكالة لقصر الوكيل [1].

وإذا أبطلت الوكالة ، بطلت نيابة الوكيل المستمدة من هذا العقد، فإذا كـــان قد قام بتنفيذ الوكالة أى بالتعاقد مع الغير، جاز للأخير التمسك بالوكالـــة باعتـــبارها وكالة ظاهرة ، وفى الحدود التى يجوزفيها التمسك بـــهذه الوكالة .

---

(١) مذكـــرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ١٩١ وما بعدها – السنهورى ص ٥٢٧ .

أما إذا لم يكن قد نفذ الوكالة بالتعاقد مع الغير، فلا يجوز له التعاقد مع الغير لانعدام صفته بعد القضاء ببطلان الوكالة ، غير أنه يجوز للغير التمسك بالوكالة باعتبارها وكالة ظاهرة إذا توافرت شروطها .

أما فى العلاقة بين الموكل والوكيل ، فلا يستطيع الموكل الرجوع عليه على أساس المسئولية العقدية بعد إبطال العقد ، ولا يكون له إلا الرجوع عليه إما على أساس الإثراء بلا سبب وفى هذه الحالة لايلزم ناقص الأهلية برد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (م ١٤٢/٢ مدنى) [١] ، أو على أساس المسئولية التقصيرية ، ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا كان فى يد الوكيل مال للموكل وبدده [٢].

أما إذا لم يطلب الوكيل القاصر إبطال الوكالة وقام بتنفيذها فإنه لا يجوز للموكل أن يرجع عليه بالتعويض إذا كان قد أساء تنفيذ الوكالة ، إذ أنه باختياره شخصا ناقص الأهلية يكون قد رضى مقدما بأن يتحمل سائر النتائج التى تترتب على مثل هذا الاختيار .

ولا يكون له أن يطالب ناقص الأهلية بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة ، كتقديم حساب عن عمله مثلا ، لأن ناقص الأهلية لا تنشغل ذمته بمثل هذا الالتزام ويستطيع أن يتمسك ببطلان الوكالة .

ومع ذلك يحق للموكل أن يطالب وكيله ناقص الأهلية برد المبالغ التى يكون قد قبضها من الغير تنفيذا لعقد الوكالة ، لأن تبديد ناقص الأهلية

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ١٩١ وما بعدها — محمد على عرفه ص ٣٦٤ — السنهورى ص ٥٢٧ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٥٢٨ .

لهذه المبالغ يعتبر جريمة ونقص الأهلية لا يجعل الشخص بمنأى من المسئولية عن العمل الضار [١].

٢٦٥- رأى فقهى مغاير فى أهلية الموكل والوكيل :

يذهب الدكتور السنهورى[٢] إلى أن ما ذكرناه سلفا عن أهلية الموكل والوكيل وهو ما أشار إليه أيضا ، هو ما أجمع عليه الفقه والقضاء فى هذه المسـألة . ولكن الأمر فى حاجة إلى إمعـان النظر . ويبـدو أن هناك خلطا بين الوكالة من حيث أنـها عقد يرتب التزامات فى جانب كل من الموكـل والوكيل ، والوكالة من حيث أنـها عقد يضفى على الوكيل صفة النيابة عن الموكل فيستطيع التعاقد بـهذه الصفة مع الغير . فالوكالة من حيث أنـها عقد يرتب التزامات فى جانب كل من الموكل والوكيل تقتضـى التفصـيل الآتـى : لما كان الموكل يلتزم برد نفقات الوكالة وبتعويض الوكيل عن الضرر الذى يصيبه من جراء تنفيذها وبالأجـر إذا كانـت الوكالـة مـأجورة ، وجب أن تكون أهلية الموكل هى أهلية التصرف حتى تترتب فى ذمته هذه الالتزامات. ويجب أن تتوافر فيه دائما أهلية التصرف حتى لو كانت الوكالة غير مأجورة ، وذلك حتى يترتب فى ذمـته الالـتزامان الآخران وهما رد نفقات الوكالة وتعويض الوكيل عن الضـرر الذى يصيبه من جراء تنفيذها ، ولايعترض على ذلك بأن هذين

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٤ .

(٢) ص ٥٢٨ هامش (١) وما بعدها .

الالـــتزامين لا يوجـــدان إذا لم تكن هناك نفقات ولا ضرر ، إذ يكفى احتمال قيام هذين الالتزامين حتى تجب الأهلية اللازمة لعقدهما وهى أهلية التصرف . وهذا من ناحية الموكل ، أما من ناحية الوكيل فإنه يلتزم بتنفيذ الوكالـــة وبـــتقديم حساب عنها ويرد ما للموكل عنده ، وهذه أعمال تدخـــل كلها فى نطاق أعمال التصـــرف ، أو فى القليل هى أعمال تدور بـــين الـــنفع والضرر ، فتستوجب أهلية التصرف . ويرى من ذلك أن الوكالة ، من حيث أنـــها عقد يرتب التزامات فى جانب كل من الموكل والوكـــيل ، تستوجب أهلية التصرف فى كل منهما . فإذا كان الموكل قاصرا ، جاز له أن يطلب إبطال الوكالة ، فيتحلل من التزاماته ولايكون مســـئولا إلا بموجب قاعدة الإثراء على حساب الغير . وكذلك إذا كان الوكيل قاصرا ، فإنه يجوزله أيضا إبطال الوكالة، ولايكون مسئولا قبل الموكل إلا بموجب قاعدة الإثراء على حساب الغير . غير أنه إذا كان أحد المـــتعاقدين قاصـــرا ولم يطلب إبطال الوكالة، فإنـــها تبقى قائمة منتجة لآثارها ، بل وتضفى على الوكيل صفة النيابة عن الموكل إذا توافرت فى المـــتعاقدين أهلية الوكالة من حيث أنـــها عقد يضفى على الوكيل صفة النيابة .

والأهلية فى الوكالة ، من حيث أنـــها عقد يضفى على الوكيل صفة النـــيابة ، تختلف عن الأهلية التى سبق بيانـــها ، فالموكل يجب أن يكون أهـــلا للتصـــرف القانونى محل الوكالة ، أما الوكيل فلا تشترط فيه هذه

الأهلية لأن هذا التصرف لا ينصرف أثره إليه . ويكفى أن يكون مميزا . فإذا وكل قاصر شخصا بلغ سن الرشد فى إيجار منـــزله، كانت الوكالة مـــن حيـــث أنـــها عقد يرتب التزاماته فى ذمة الموكل نحو الوكيل قابلة للإبطال لأن الموكل قاصر ، ولكن الوكالة فى الوقت ذاته تنتج أثرها من حيـــث أنـــها تضفى صفة النيابة على الوكيل، فلو أن الموكل لم يطلب إبطال الوكالة وأجر الوكيل المنـــزل ، كان الإيجار صحيحا . وإذا وكل قاصر وكيلا بلغ سن الرشد فى بيع منـــزله ، كانت الوكالة قابلة للإبطال فى علاقة الموكل بالوكيل ، وكان البيع الذى عقده الوكيل هو أيضا قابلا للإبطـــال فى علاقة الموكل بالمشترى . وإذا وكل شخص بلغ سن الرشد قاصـــرا فى بيع منـــزله ، كانت الوكالة قابلة للإبطال فى علاقة الوكيل بالموكل، ولكنها تنتج أثرهـــا من حيث إضفاء صفة النيابة على الوكيل . فـــإذا لم يطلـــب الوكيل إبطال الوكالة وعقد البيع مع مشتر، كان البيع صحيحا فى علاقة الموكل بالمشترى [١].

---

(١) وقد اتفق معه فى هذا الرأى تقريبا الدكتورأكثم الخولى (ص ٢٠٢ ومابعدها)، غـــير أنـــه يختلف معه فى أنه يرى تأصيل هذا الرأى عن طريق القول بوجود عقديـــن متميزين : عقد وكالة ينظم الروابط بين الموكل والوكيل ويشترط فيه أهلـــية قبول التفضل أو الالتزام بالأجر من جانب الموكل وأهلية تحمل الالتزام العقدى من جانب الوكيل وعقد نيابة أو عقد صفة تشترط لصحته أهلية القيام بالتصرف موضوع الوكالة من جانب الموكل وأهلية التمييز من جانب الوكيل. وعلى ذلك يتصور أن يبطل عقد الوكالة لنقص أهلية الموكل فى الالتزام بالأجر أو لـــنقص أهلـــية الوكيل فى التحمل بالالتزام العقدى مـــع بقاء عقد الصفة صحيحا منتجا لآثاره (ص٢٠٣ هامش (٢) وما بعدها .

(ثانيـا)

(عيوب الرضا فى عقد الوكالة)

٢٦٦- عيوب الإرادة بالنسبة للوكيل الذى أبرم العقد :

عيوب الإرادة فى عقد الوكالة ، كأى عقد آخر هى الغلط والتدليس والإكراه .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من التقنين المدنى على أنه : " إذا تم العقــد بطــريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتــبار عند النظر فى عيوب الإرادة ، أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصــة ، أو افتراض العلم بــها حتما " وقد صرحت مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى بأنه : " ١- ليست الأحكام الواردة فى هذه المادة ســوى تطبــيقات للنظرية الحديثة فى النيابة القانونية . فما دامت إرادة النائــب هى التى تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلابسها من ظروف فيجب أن يــناط الحكــم على صحة التعاقد بــهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل . وعلى هذا النحو يكون للعيوب التى تلحق إرادة النائب أثرها فى الــتعاقد فإذا انتزع رضاه بالإكراه ، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس، كان العقــد قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل . رغم أن إرادته براء من شوائب العيب .... إلخ "[١].

وإذن فبمقتضــى الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ يكون العقد الذى تم بطريق النيابة قابلا للبطلان متى كان الوكيل واقعا فى غلط أو كان ضحية

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٩١ .

تدلـــيس أو إكـــراه ولو لم تتعرض إرادة الأصيل لعيب من هذه العيوب. وإذن فـــيكون للأصيل أن يرفع دعوى البطلان ويصل إلى الحكم بطلان العقد على أساس الغلط الذى وقع فيه وكيله أو التدليس أو الإكراه الواقع عـــلى الوكـــيل ، بصـــرف النظر عن سلامة إرادة الأصيل من الغلط أو التدليس أو الإكراه .

ويلاحظ أن دعوى البطلان النسبى المترتبة على تعيب إرادة الوكيل هى للأصيل فهو الذى يرفع الدعوى بطلب إبطال العقد للغلط أو التدليس أو الإكـــراه الـــذى شاب إرادة وكيله وليس للوكيل أن يرفع تلك الدعوى اللهـــم إلا إذا كان لوكالته من الشمول ما يدخـــل فى نطاقها مثل هذا العمل أو كان موكلا فيه بالذات .

وهـــذا طبيعى مادامت آثار العقد الحاصل بطريق الوكالة عائدة إلى الأصيل فإن دعوى البطلان النسبى إن هى إلا أثر مترتب على العقد الذى يشـــوب إرادة أحـــد المـــتعاقدين فيه عيب من العيوب التى نص عليها القانون[1].

ورأينا أن الفقرة الأولى من المادة نصت فى عجزها أن شخص النائب لاشـــخص الأصل هو محل الاعتبار أيضا عند النظر فى " أثر العلم ببعض الظـــروف الخاصة ، أو افتراض العلم بـــها حتما " وجاء عنها بمذكرة

---

(١) جمـــال مرســـى بدر ص ٤٩ وما بعدها — عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٢٥ ومابعدها .

المشـــروع التمهيدى أنه : " أما فيما يتعلق بالظروف التى تؤثر فى الآثار القانونـــية للتعاقد فيجب أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شـــخص الأصيل ، وعلى ذلك يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصية فى بيع صـــادر مـــن مدين معسر ، تواطأ مع نائب المشترى ولو أن الأصيل ظل بمعزل عن هذا التواطؤ" (١) .

ففـــى الأحـــوال التى يرتب القانون فيها أثرا على حسن النية يتلمس حســـن النـــية عـــند النائب لا عند الأصيل ، فإذا كان النائب سئ النية واشـــترى مـــن بائع معسر متواطئا معـــه ، فلدائن البائع الطعن فى البيع بالدعوى البوليصية حتى لو كان الأصيل حسن النية .

٢٦٧ـ تصرف الوكيل وفقا لتعليمات الموكل :

تـــنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ مدنى على أنه : " ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فلـــيس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها " .

فالوكـــيل إذا تصرف وفقا لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل ، وجـــب أن ينظر إلى نية هذا الأخير فإذا وكل شخص آخر فى شراء شئ معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك ، لم يجز أن يرجع الموكل على البائع بدعوى العيب. فالأصل إذن أن العقد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص ٩١ وما بعدها .

ينعقد بإرادة الوكيل لا بإرادة الأصيل ، على أن إرادة الأصيل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه الوكيل إذ الوكيل فى هذه الحالة يكون بمثابة الرسول [1].

٢٦٨ـ تطبيق عيوب الإرادة بالنسبة لطرفى الوكالة :

من الممكن أن تشوب إرادة الموكل أو الوكيل فى إبرام العقد عيب من عيوب الإرادة السابقة .

ومن أهم هذه العيوب فى التطبيق العملى الغلط والإكراه. ومن ثم نعرض لهما فيما يلى .

٢٦٩ـ الغلط :

تقوم الوكالة على الاعتبار الشخصى ، ولذلك فإن الغلط فى شخص الوكيل يؤثر على صحة العقد ويجعله قابلا للإبطال ، إن كان الوكيل يعلم بالغلط أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م١٢٠ مدنى) .

ومثال ذلك أن يعتقد الموكل أنه يوكل شخصا معينا وإذ به يوكل شخصا آخر .

وطلب الإبطال كثيرا ما يكون أصلح للموكل من عزل الوكيل . فقد يكون الوكيل غير قابل للعزل إذا كانت الوكالة لصالحه ، وقد يكون مأجورا ، وأبرم فعلا تصرفات باسم الموكل ، ولا يريد الموكل أن يلتزم بها[2] .

---

(١) السنهورى الوجيز فى شرح القانون المدنى الجزء الأول ١٩٩٧ ص ٦٤.

(٢) محيى الدين علم الدين ص ٢٠١ .

وقـد يكـون الغلط فى شخص الموكل ، بأن كان يعتقد الوكيل أنه يتعاقد مع موكل معين فإذا به شخص آخر ، فيكون له طلب إبطال عقد الوكالـة للغلط . ويحقق له إبطال العقد توقى تعويض الموكل عن الضرر الـذى قد يصيبه إذا ما هو تنحى عن الوكالة فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول .

كما يتوقى أيضا، فى حالة ما إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبى ، التقـيد بـها إذا لم توجد أسباب جدية تبرر التنحى وفقا لأحكام المادة ٧١٦ مدنى .

٢٧٠ - الإكراه :

يجـوز إبطـال الوكالة إذا وقع إكراه أدبى على الوكيل ، بأن يستغل شخص نفوذه الأدبى وشوكته لدى شخص آخر فيجعله يوكله فى القيام بتصرفات تنتهى إلى الإضرار بالموكل .

ويتحقق ذلك عادة فى وكالة الزوجة لزوجها ووكالة الإبن لأبيه . فإذا أثبتت الزوجة أو الإبن وقوع الإكراه الأدبى عليهما جاز إبطال العقد .

والإبطـال يحقـق للموكل ميزة عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة على عاتقة، لو أنه قام بعزل الوكيل (م ٧١٦ مدنى) .

(آثار الوكالة فيما بين الموكل والوكيل)

التزامات الوكيل

موضوع رقم (٢٦)

(الالتزام الأول)

(التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة)

٢٧١ – النص القانونى :

المادة (٧٠٣) مدنى :

" ١- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة.

٢- على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة " .

٢٧٢ـ مضمون الالتزام :

أهم التزام تنشغل به ذمة الوكيل بمجرد قبوله الوكالة هو التزامه بتنفيذ العمل الموكول إليه. ولعل هذا هو الالتزام الأساسى فى عقد الوكالة. وهو الذى نصت عليه المادة ٧٠٣ بقولها : " الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة " .

فيجب على الوكيل أن يلتزم الحدود المرسومة للوكالة، سواء من ناحية التصرفات القانونية المحددة بعقد الوكالة ، أو من ناحية تنفيذ

الوكالـــة ، أو مـــن ناحية سعة الوكالة . أى يجب عليه – طبقا لما جاء بمذكـــرة المشروع التمهيدى " أن يقوم بالعمل أو الأعمال القانونية التى وكـــل فيها وما يتبع ذلك من أعمال مادية ملحقة دون نقص أو زيادة . فإن نقص أو زاد كان بين التفريط والإفـــراط ، وكلاهما يكون مسئولا عنه [١].

فإذا كانت الوكالة صادرة بالبيع لشخص معين أو بثمن محدد وجب عليه الالتزام بشخص المشترى أو بالثمن المحدد .

وإذا كانت الوكالة صادرة بالبيع بالأجل وحدد هذا الأجل ، وجب على الوكيل الالتزام بالأجل المحدد .

ويلـــتزم الوكيل بالقيام بالأعمال المادية التابعة للتصرف محل الوكالة. فإذا كانت الوكالة فى بيع عقار و لم يحدد فيها اسم المشترى التزم الوكيل بالبحث عن مشتر ، وكذا بتحرير العقد وباتخاذ إجراءات تسجيل العقار.

فهـــذه الأعمـــال تابعة لعقد الوكالة وتدخل فى نطاقه ويحكمها عقد الوكالة، فلا تنشأ بشأنـــها علاقة أخـــرى بين الوكيل والموكل كعلاقة العمل.

وللوكيل الاحتفاظ بما يثبت تنفيذه للوكالة على الوجه المطلوب، فله أن يحـــتفظ بنسخة العقد الذى أبرمه أو بالمستند الدال على ذلك ، حتى يستطيع الرجوع على الموكل بما عليه من التزامات كدفع الأجر إذا كانت الوكالة بأجر [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٠٦ .

(٢) السنهورى فى الوسيط الجزء السابع – المجلد الأول ص ٥٨٠ .

٢٧٣- جزاء الخروج على الحدود المرسومة للوكالة :

إذا جاوز الوكيل الحدود المرسومة للوكالة، فإن تصرف الوكيل فى هذه الحالة لايعتبر حاصلا بالنيابة عن الموكل ، وبالتالى لاينفذ فى حق الأخير [1].

غير أنه يجوز للموكل أن يقر هذا العمل ، فإن أقره أصبح كأنه قد تم فى حدود الوكالة من وقت إجراء العمل لا من وقت الإقرار.

أما إذا لم يجز الموكل عمل الوكيل فلا يستطيع الغير سوى الرجوع على الوكيل الذى تعاقد معه بالتعويض إذا كان هذا الغير حسن النية وأصابه ضرر من فعل الوكيل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " إذا جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الموكل الذى له الخيار بين إجازة هذا التصرف بقصد إضافة أثره إلى نفسه أو طلب إبطاله، وهذا الطلب ليس مقررا لمصلحة الغير فحسب- كما يقول الطاعنون- بل هو مقرر أيضا لمصلحة الموكل " .

(طعن رقم ١١٢٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٢)

(ب)- ...الأصل فى قواعد الوكالة أن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة وفى حدودها وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن قصر فعليه تقصيره ، وإن جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصيل ويستوى فى ذلك أن يكون الوكيل حسن النية أو سيئ النية قصد الإضرار بالموكل أو بغيره".

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣٤ – عبد المنعم الصده ص ١٥٠.

(طعن رقم ١١٢٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٢)

٢- " من المقرر طبقا للمادتين ٦٩٩، ١/٧٠٤ من القانون المدنى أن الوكالـــة هـــى عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل، وأن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة فى حدودها المرسومة فليس له أن يجاوزها فإذا جاوزها فإن العمل الذى يقوم به لاينفذ فى حق الموكل ، إلا أن للموكـــل فى هذه الحالة أن يقر هذا العمل فإن أقره أصبح كأنه قد تم فى حدود الوكالة من وقت إجراء العمل لا من وقت الإقرار مما مفاده أن الموكل هو الذى يملك التمسك بتجاوز الوكيل لحدود الوكالة- لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على سند من أن الوكيلتين عـــن المســـتأجرة الأصلية قد تجاوزتا حدود الوكالة الصادرة إليهما حين تنازلـــتا عن شقة النـــزاع للطاعن على الرغم من أن الموكلة لم تتمسك بـــهذا التجاوز فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيقه القانون " .

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٢)

وتجـــاوز الوكيل للحدود المرسومة للوكالة مما يتعلق بالواقع ، ويخضع لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض طالما كان استخلاصه سائغا يتفق والثابت بالأوراق .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مـــتى كان الحكم إذ قرر بأن الوكيل قد تجاوز حدود التوكيل قد أقـــام ذلـــك على استخلاص موضوعى سائغ ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه" .

(طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٤/٥)

٢٧٤ـ تغيير طريقة تنفيذ الوكالة بما لا يضر بالموكل :

إذا قـــام الوكيل بتنفيذ الوكالة بطريقة تختلف عن تلك الواردة بعقد الوكالة ولكن لم يترتب عليها ضرر للموكل ، فلا تنعقد مسئولية الوكيل قبل الموكل . ومثال ذلك أن يقوم الوكيل بشراء سلعة كلف بشرائها من النوع المتفق عليه ، ولكن من غير المكان الذى حددته الوكالة .

أو إذا اشترى السلعة بسعر أعلى من السعر المتفق عليه ، ولكنه تحمل فرق السعر [(١)].

ومـــن باب أولى إذا عقد الوكالة بشروط أفضل ، كأن يبيع منـــزلا عهد إليه ببيعه بسعر معين ، بسعر يزيد على السعر المطلوب .

أو إذا كان معهودا إليه ببيع المنـــزل فى المثال السابق بالأجل فتقاضى الثمن معجلا .

٢٧٥ـ إجازة الخروج على الحدود المرسومة للوكالة استثناء :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى على أن :

" عـــلى أنله أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطـــار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة " .

ومـــثل ذلـــك – على ماجاء بمذكرة المشروع التمهيدى– أن يكون الوكيل قد وكل فى بيع قدر معين من الأرض فتهيأت له صفقة رابحة وباع قدرا أكبر .

---

(١) محمد على عرفه ص ١٧٧ .

أو وكل فى الإقراض بتأمين هو كفالة شخصية فأقرض بتأمين هو رهن رسمى [١].

والشرطان اللذان نصت عليها المادة هما :

الشرط الأول :

أن تكـــون الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف.

وكانت المادة كما وردت بالمشروع التمهيدى تتضمن عبارة "وكانت الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف " ، إلا أنــها عدلت بلجنة المراجعة إلى " وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف " [٢].

والمعـــيار هنا شخصى محض يستمد من الإرادة المفترضة للموكل ذاته وبشخصـــه فلا يرجع فيه إلى ما كان يقبله عادة موكل عادى يوجد فى نفـــس الظروف . ولكن للوكيل أن يبين الاتجاه المحتمل لإرادة الموكل من الظروف أى من عناصر ليست شخصية محضة .

فالمعـــيار شخصى بمعنى أنه يقوم أصلا على الإرادة الحقيقية للموكل، كـــأن يتبين من الظروف مثلا أنه ــ فى المثل السابق- كان يرغب فى بيع أرضـــه كلها وأنه ما قصر التوكيل بالبيع على جزء منها إلا لوجود مشتر لهذا الجزء دون غيره . وإن كانت الإرادة المنفردة تدق إلى حد بعيد[٣].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٠٦وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٠٠ وما بعدها .

(٣) أكثم الخولى ص ٢١٦ وهامش (١) .

وعـــبارة الـــنص هى من العموم بحيث لاتقتصر على حالة الزيادة أو النقص فى العمل موضوع الوكالة ، بل يمكن أن تتعداها على حالة القيام بعمل آخر يختلف تماما عن العمل موضوع الوكالة . كأن يشترى الوكيل المكلف بشراء سيارة جديدة من طراز معين سيارة جديدة من طراز آخر أو ســـيارة مستعملة من نفس الطراز أو أن يشترى الوكيل المكلف بشراء قطعة أرض للبناء فى مصر الجديدة قطعة أرض أخرى فى المعادى .

فالعبرة بتوافر الشرطين الواردين بالمادة لا بطبيعة أو درجة الخروج عن حدود الوكالة كما يرسمها العقد[1] .

الشرط الثانى :

أن يكون من المستحيل على الوكيل أن يخطر الموكل سلفا بخروجه عن الحدود المرسومة للوكالة ، بحيث أنه لو تراخى فى تنفيذ الوكالة حتى يقوم بإخطار الموكل لضاعت عليه الصفقة.

---

(١) أكـــثم الخـــولى ص ٢١٦ وما بعدها – فى هذا المعنى السنهورى ص ٥٨١- وقارن الدكتور على عرفه ص ٢٧٧ إذ يرى أن النص يخول سلطة للوكيل على خلاف مقتضى القواعد العامة ، إذ ألزم الموكل بتصرف لم يدر بخلده ولا يوافق عليه .

ويـــرى تفســـير هذا على ضوء النصوص الأجنبية التى استقى منها التى تجيز للوكـــيل فى مثل هذا الفرض أن يخالف تعليمات الموكل. كما فى المثال الثانى الـــوارد بالمذكـــرة الإيضـــاحية ولا تتعدى ذلك إلى إباحة الخروج عن حدود الوكالـــة، وفـــرق بين مخالفة التعليمات التى تقع بتغيير طريقة التنفيذ فحسب والـــتجاوز كلـــية عن حدود الوكالة الذى تنتفى معه نيابة الوكيل عن الموكل كمـــا فى المثال الوارد بالمذكرة الإيضاحية، ومن ثم فلا يباح للوكيل إلا مخالفة التعليمات.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .... علـى أنه يجوزله " أى الوكيل" أن ينقص أو يزيد أو أن يعدل بوجـه عام فى حدود الوكالة مع بقائه وكيلا وذلك بشرطين : (أ) أن تكـون الظـروف بحيـث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف ، كما إذا كان قد وكل فى بيع قدر معين من الأرض فتهيأت له صـفقة رابحـة وباع قدرا أكبر ، أو وكل فى الإقراض بتأمين هو كفالة شخصـية فأقـرض بـتأمين هو رهن رسمى . وإذا قام نزاع بين الوكيل والموكل فى تحقيق هذا الشرط كان الأمر محلا لتقدير القاضى . (ب) أن يسـتحيل على الوكيل إخطار الموكل مقدما بتصرفه . ويترك تقدير هذا أيضا للقاضي" [(١)].

٢٧٦- أثر توافر شرطى تجاوز حدود الوكالة :

إذا توافـر شـرطا تجـاوز حدود الوكالة اللذان عرضنا لهما فى البند السـابق، نفـذ فى حق الموكل عمل الوكيل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالـة، وكـان للغير الذى تعامل مع الوكيل أن يتمسك على الموكل بـالعمل الـذى أتاه الوكيل ، سواء كان الغير عالما بمجاوزة حدود هذه الوكالة أو غير عالم .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٠٦ وما بعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا توافر هذان الشرطان نفد فى حق الموكل عمل الوكيل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة، وكان للغير الذى تعامل مع الوكيل أن يتمسك علـى الموكـل بالعمل الذى أتاه الوكيل ، علم الغير أو لم يعلم بمجاوزة الوكيل لحدود الوكالة " .

ومفـاد ذلك أن هناك نيابة قانونية أضفاها القانون على الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، وقد أقام القانون هذه النيابة على أساس إرادة مفترضة لا صريحة ولا ضمنية من جانب الموكل [١].

غـير أنه يجب على الوكيل أن يبادر إلى إبلاغ الموكل بما أدخله على الوكالـة من تعديل ، فإن تأخر لم يؤثر ذلك فى اعتباره وكيلا فيما قام به من العمل ، وإنما يكون مسئولا عن التعويض إذا ترتب على التأخير ضرر للموكل، كما إذا باع هذا لمشتر آخر القدر الزائد من الأرض الذى باعه الوكيل مجاوزا حدود الوكالة فرجع المشترى عليه بضمان الاستحقاق[٢].

أمـا إذا لم يـتوافر الشرطان سالفا الذكر، فلا يعتد بالوكالة إلا فى حدودها المرسومة . أما فيما جاوز فيه الوكيل هذه الحدود يجوز اعتباره فضوليا إذا توافرت شروط الفضالة ، كما يجوز اعتباره وكيلا ظاهرا إذا توافرت شروط الوكالة الظاهرة .

أمـا إذا لم تـتوافر شروط الفضالة أو الوكالة الظاهرة توقف تصرف الوكـيل فـيما جاوز حدود الوكالة على إقرار الموكل، فإذا لم يقره لم ينصرف أثره إليه.

---

(١) السنهورى ص ٥٨٣ – الدكتور المستشار محمد شتا ص ١١٣٥.

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٠٧.

غـــير أنه إذا أقر الموكل هذا التصرف ، فإنه يجب أن يكون عالما بأن التصـــرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة ، وأنه أقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"..... أمـــا إذا لم يتوافـــر الشرطان المتقدمان ،بأن كانت الظروف لايمكن أن يفترض معها أن الموكل كان يوافق على تصرف الوكيل ، أو كان الوكيل يستطيع إخطار الموكل مقدما بتصرفه و لم يفعل ، فـــلا تعتبر الوكالة إلا فى حدودها المرسومة . أما فيما جاوز فيه الوكيل هذه الحدود فتتبع الأحكام المقررة فى ذلك ... إلخ " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إقرار الموكل عقد البيع الذى أبرمه وكيله – بتوكيل عام- يرتد أثره إلى وقت التعاقد فيعتبر التصرف نافذا فى حق الموكل من هذا الوقت ومـــادام الغـــير الذى تعاقد مع الوكيل كان يعلم بتجاوز الوكيل حدود وكالـــته وقت تعاقده معه فإنه يتقيد بإيجابه حتى يعلن الموكل موقفه من حيـــث إقرارالتصرف أو عدم إقراره فإذا أقره لم يكن لهذا الغير أن يتحلل من تعاقده مع الوكيل " .

(طعن رقم ٤٨٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١١/١٤)

٢- " يشـــترط فى إقرار الموكل لما يباشره الوكيل خارجا عن حدود توكـــيله أن يكون المقر عالما بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه " .

(طعن رقم ٢٥٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/١٥)

٣- (أ)- " تصــرف الوكــيل الذى يجاوز حدود وكالته الخاصة لا يسأل عنه الموكل إلا إذا أجازه بعد حصوله قاصدا إضافة أثره إلى نفسه".

(طعن رقم ١٦٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٦)

(ب)- " إذا كانت الطاعنة قد دفعت بأنــها لم تضع يدها على أطيان التركة بنفســها ، ولم تكلف وكيلها بإدارتــها. فإنه كان يتعين على محكمــة الاستئناف أن تحقق هذا الدفاع الذى قد يتغير به إن صح وجه الــرأى فى الدعــوى ، لا أن تكتفى فى الرد عليه بما أثبته الحكم النهائى الســابق من أن الوكيل الذى يتولى إدارة أموالها الخاصة كان وكيلا عن مــورث الطرفين ، واستمر فى إدارة أطيان التركة دون أن تربطه بالورثة علاقــة تعاقديــة أو قانونية ، إذ هو لا يعتبر وكيلا عن الطاعنة فى قيامه بالإدارة خارجــا عن حــدود وكالته . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعــتمد عــلى هــذه الواقعة بصفة أساسية فى اعتبار الطاعنة وكيلة عن المطعون عليهن فى إدارة الأطيان المخلفة عن مورث الطرفين ، كما أنه لم يأخذ بأقوال شاهد المطعون عليهن ، إلا على أساس أنــها متفقة مع هذه الوقــائع ، وهى لا تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فإنه يكون مشوبا بالقصور " .

(طعن رقم ١٦٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٦)

٤- " لــئن كان طلب الوكيل إيقاع البيع على موكله يستلزم وكالة خاصة تبيح له ذلك إعمالا لنص المادة ٧٠٢ من القانون المدنى، إلا أنه إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته العامة ، وأبرم تصرفا فإن هذا التصرف يكون

موقوفا على إجازة الموكل ، فإن أقره اعتبر نافذا فى حقه من وقت إبرامه. وإذ كـان المطعون ضدهم قد أجازوا تصرف المحامى الذى كان يباشر عـنهم إجـراءات التنفيذ العقارى ، وطلب إيقاع البيع عليهم رغم أن وكالـته كانت قاصرة على مباشرة الأعمال القضائية ، فإن إجازتـهم اللاحقـة لهذا التصرف تعتبر فى حكم الوكالة السابقة ويضحى التصرف صحيحا ونافذا فى حقهم ، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون وتفسيره يكون غير صحيح " .

(طعن رقم ٤٨٥ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٢٩)

٥-" إنه وإن كان الأصل أن التصرف الذى يعقده الوكيل دون نيابة لا ينصرف أثره إلى الموكل، فإن هذا الأخير يكون مع ذلك بالخيار بين أن يقره أو لا يقره ، فإذا اختار أن يقره أمكن ذلك صراحة أو ضمنا ، فإذا أقـره لم يجزله الرجوع فى هذا الإقرار ويتم الإقرار بأثر رجعى بما يجعل التصـرف نافذا فى حق الموكل من يوم أن عقده الوكيل ، إذ أن الإقرار اللاحق فى حكم التوكيل السابق " .

(طعن رقم ٨٤٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٦/١٠)

٢٧٧ـ لايعيب الحكم الذى استظهر حدود الوكالة تزيده فى أسبابه:

إذا خلصت المحكمة فى قضائها إلى أن تصرف الوكيل كان فى الحدود المرسومة لوكالته ، وأعملت أثر هذه الوكالة ، فإنه لا يعيب حكمها أن تضيف إلى أسبابـها أن الموكل قد أجاز التصرف بعد حصوله .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا قضـت المحكمـة بـأن تصرف الوكيل كان فى حدود وكالته وأضافت فى أسباب حكمها أن الموكل قد أجاز التصرف بعد حصوله ، كـان ذلـك منها تزيدا مهما ينعى عليه من خطأ فإنه لا يؤثر فى سلامة الحكم وقيامه على صحة التصرف ونفاذه أصلا " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٢/١٧)

٢٧٨ـ تعاقد الوكيل مع نفسه :

تنص المادة ١٠٨ مدنى على أنه :

" لايجـوز لشـخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكـان الـتعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصـيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة " .

فقـد حظر النص على الشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه،سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر،بدون ترخيص مـن الأصـيل. فللتعاقد مع النفس صورتان **الأولى** : أن يكون الشخص طـرفا فى التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخـر من ناحية أخرى . **والثانية** : أن يتعاقد الشخص بصفته نائبا عن الطرفين فى آن واحد .

وفى الصورة الأولى يتحقق التعـارض بين مصالح الشخص ومصـالح الأصـيل ، وفى الصـورة الثانـية يكون عمل الشخص أقرب إلى معنى التحكـيم مـنه إلى معنى النيابة ومصلحة الأصيل لا تتيسر لها ضمانات

الحمايـــة الواجـــبة فى كلـــتا الحالتين ، إذ يخشى التضحية بمصالح أحد الطـــرفين[1]. ولهـــذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه غيرنافذ فى حق الأصـــيل لأنـــه إذا تعاقد الوكيل مع نفسه ، ولم يكن ذلك مسموحا به قانونـــا ، اعتـــبر أنه فى تعاقده هذا خارجا عن حدود نيابته ، ومن ثم لا يكون التصرف نافذا فى حق الأصيل[2] ، كالشأن فى أى تصرف يتجاوز

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٥ وما بعدها .

(٢) عـــبد الفـــتاح عبد الباقى ص ٢٤٠ – عبد المنعم الصده ص ١٥٨ – جمال مرســـى بـــدر ص ٢٣٢ – السنهورى ص ٥٣١ – وقارن مذكرة المشروع التمهـــيدى فقـــد جاء بـــها عن المادة (١٦١) من المشروع التمهيدى، التى أصبحت بعد تعديل طفيف فى الصياغة، المادة ١٠٨ من القانون " ... اعتبر تعـــاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل" مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٦ – وهذا من المذكرة غير سديد ، إذا أن التكييف القـــانونى السليم مقتضاه أن التعاقد مع النفس ، فى الحالة التى نحن بصددها ، يقع غير نافذ فى حق الأصيل على النحو الوارد بالمتن.

وقد تمشت محكمة النقض مع هذا الرأى فقضت بتاريخ ١٩٦٣/١٢/١٩ فى الطعن رقم ٢٨ لسنة ٢٩ ق بأن :

" تقضـــى المادة ١٠٨ من القانون المدنى بأنه : " لايجوز للشخص أن يتعاقد مـــع نفســـه باســـم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شـــخص آخـــر دون ترخـــيص من الأصيل " فإذا حصل التعاقد بغير هذا الترخيص فلا يكون نافذا فى حق الأصيل إلا إذا أجازه ، وقد استثنت المادة مـــن حكمها الأحوال التى يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا الـــتعاقد . فـــإذا كـــان الموقع على الإيصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلا لها وقد تضمن هذا الإيصال- على ما انتهى إليه الحكم المطعـــون فيه – إقراره بـــهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المـــبلغ المثبت به بصفة وديعة لدى الشركة ، فإن هذا الإقرار يكون متضمنا انعقاد وديعة بين نفسه وبين الشخص الاعتبارى الذى ينوب عنه (الشركة)=

فــيه الوكيل حدود وكالة. ولوجود قرينة قانونية ، هى أن الشخص إذا وكل غيره عنه فى التعاقد ، فهو لا يقصد بذلك أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما فى ذلك من تعارض فى المصالح ، ولأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل [1].

وقــد نصــت المادة على أنه : " يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد" — وعلى ذلك إذا أقر الأصيل التصرف الذى قام به الوكيل مجاوزا فيه حدود نيابته ، فإن التصرف ينفذ فى حقه [2].

=وهــو ما لا يجوز عملا بالمادة ١٠٨ سالفة الذكر إلا بترخيص من الشركة أو بإجازتــهــا لهذا التعاقد وبالتالي لا يجوز للمدير أن يرجع على الشركة عــلى أســاس عقد الوديعة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر العبارة المؤشــر بــها على ظهر الإيصال والموقع عليها من المدير بصفته الشخصية متضــمنة إقــرارا منه بملكية سيدة ما لقيمة تلك الوديعة وكان هذا الإقرار منصبا على ذات الوديعة المشار إليها فى صلب السند فإن الإقرار المذكور لا يكــون من شأنه أن يرتب بذاته فى ذمة الشركة التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الناشئ عن عقد الوديعة، وإنما يستمد ذلك الإقرار أثره من هذا العقد وبالتالي يدور معه وجودا وعدما ، ومن ثم فإن عدم نفاذ عقد الوديعة فى حق الشركة الطاعنة يستتبع أن يكون الإقرار المذكور غير ملزم لها " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/١٩)

(١) السنهورى ص ٥٣١.

(٢) والملاحظ أن المادة استعملت تعبير " الإجازة" وفى هذا الاستعمال خروج على الــتفرقة المعهودة بين الإجازة ويقصد بــها تصحيح أحد الطرفين لعقد قابل للإبطــال (م ١/١٣٩ مدنى) وبين الإقرار ويقصد به قبول الشخص لعقد ما كــان يحــتج به عليه لولا الإقرار . وقد كان نص المادة ١٠٨ فى المشروع (برقم ١٦١) يستعمل تعبير الإقرار ويبدو أن استبدال تعبير الإجازة به تم فى بعــض مــراحــل التقنين بغير التفات إلى الفارق الاصطلاحى بين التعبيرين (جمال مرسى بدر ص ٢٣٢ هامش ١) .

وقــد جاء فى القانون المدنى فى مواد البيع تطبيقات للقاعدة المنصوص عليها بالمادة ١٠٨ فى المواد ٤٧٩ ، ٤٨٠، ٤٨١ ، وهى **تقضى بأن** :

١- لايجــوز لمـن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشــرة أو باسم مستعار ولو بطريق المـزاد العلنى ما ينــط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضــاء ومع عدم الإخــلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى (م٤٧٩) .

٢- لايجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ســواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار (م٤٨٠).

وقــد نصــت المادة ٤٨١ على أن العقد يصح فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين سالفتى الذكر إذا أجازه من تم البيع لحسابه .

وقد استثنى النص من قاعدة التحريم الواردة به ، ما يرد به استثناء فى القانون ، أو قواعد التجارة .

وعــن إشارة المادة ١٠٨ إلى ما تقضى به قواعد التجارة فقد ذكرت مذكــرة المشــروع التمهيدى أن المقصود بذلك هو إباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى [١].

---

(١) ويذهب البعض إلى أنه إذا كان هذا هو المقصود بعبارة قواعد التجارة فى المادة ١٠٨ كــان فى إدخالها ضمن الأحكام العامة فى النيابة نظروذلك أن الوكيل

العناية الواجبة فى تنفيذ التزام الوكيل :

٢٧٩ـ النص القانونى :

المادة (٧٠٤) مدنى :

" ١- إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد " .

٢- فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائما فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد " .

٢٨٠ـ التزام الوكيل التزام ببذل عناية :

يبين من نص المادة ٧٠٤ مدنى أن التزام الوكيل بتنفيذ عقد الوكالة هو دائما التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق غاية ، سواء كانت الوكالة بأجر أو بدون أجر . وسواء كان محل الوكالة التزاما بتحقيق غاية كالبيع والرهن ، أو يتضمن التزاما ببذل عناية كالإيجار والعارية والوديعة(١).

- بالعمولة هو وكيل غير نائب لأنه يتعاقد باسمه هو لحساب الأصيل فتلحق به آثار العقد ثم ينقلها بدوره إلى الأصيل بينما أن التعاقد باسم الأصيل شرط أساسى لتحقق حكم النيابة وانصراف الآثار مباشرة إلى الأصيل (مادة١٠٦)، ومتى كان الوكيل بالعمولة وكيلا غير نائب كان فى إدخال تصرفه عن طرفى العقد فى باب تعاقد النائب مع نفسه محل نظر (جمال مرسى بدر ص ٢٣١ وما بعدها) .

(١) السنهورى ص ٥٨٩.

٧٨١- مسئولية الوكيل عن الخطأ العادى :

إذا كانـــت الوكالة بلا أجر ، فقد اكتفى النص بأن يبذل الوكيل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد .

فالوكيل غير المأجور يبذل فى تنفيذ الوكالة العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصـــة ، ولو كانت دون العناية الذى يبذلها الشخص المعتـــاد بالمعيار الموضوعى .

وإذا كـــان الوكـــيل شديد الحرص فى إدارة شئونه الخاصة ، فإنه لا يطالب ببذل نفس العناية بالنسبة لشئون الموكل ، بل يكتفى منه بالعناية المعتادة .

فإذا كان الوكيل قد اعتاد مثلا أن يؤمن على عقاراته من الحريق، فإنه لا يحاسب على عدم التأمين على عقار من عقارات الموكل عند احتراقه، لأن مثل هذه العناية لا تتطلب من الرجل العادى . وعلة ذلك واضحة ، وهى أن الوكيل هنا يؤدى خدمة مجانية لمصلحة الموكل فلا يسوغ أن يجزى على تطوعه هذا بأن يحاسب عن عمله حسابا عسيرا [1].

أمـــا إذا كانت الوكالة مأجورة التزم الوكيل ببذل عناية الرجل المعتاد بصـــرف النظر عن مبلغ عنايته بشئونه الخاصة ، فإذا كان الوكيل شديد الحرص فى شئونه نفسه ، فإن التزامه فى تنفيذ الوكالة لا يمكن أن يتجاوز عناية الرجل المعتاد.

---

(١) محمد على عرفه ص ٢٧٨ .

وإذا كــان الوكيل يبذل فى شئون نفسه عناية تقل عن عناية الرجل المعــتاد، كــان مــع ذلك مسئولاعن بذل عناية الرجل المعتاد فى تنفيذ الوكالة. فالمعيار هنا موضوعى لا شخصى [1].

وتكون الوكالة فى حكم المأجورة ، إذا عقدت لمصلحة الوكيل حتى لو كانت بغير أجر [2].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويجب أن يبذل الوكيل فى تنفيذه الوكالة القدر الواجب من العناية . وقــد حدد المشرع هذا القدر مطبقا فى ذلك المادة ٢٨٨ من المشروع ، وقــد ســبقت أن طبقت على العقود المسماة الأخرى كالإيجار والعارية والوديعــة . فالوكيل إذا كان مأجورا تطلب منه عناية الرجل المعتاد. أما إذا كــان غــير مأجور فلا يطلب منه أن يبذل من العناية إلا ما يبذله فى أعماله الخاصة دون أن يجاوز عناية الرجل المعتاد ، وهذه هى المعايير التى تتمشى مع التطور الحديث للمسئولية التعاقدية " [3].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" نــص الفقــرة الثانية من المادة ٧٠٤ من القانون المدنى يلزم الوكيل المأجور أن يبذل دائما عناية الرجل العادى بصرف النظر عن مبلغ عنايته بشــئونه الخاصة لأن الاتفاق على مقابل يتضمن حتماً التعهد من جانب الوكــيل بأن يبذل فى رعاية مصالح الموكل العناية المألوفة فلا يغتفر له إلا

---

(١) أكثم الخولى ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٢) استئناف مختلط ١٩٢٨/٢/٧ مشار إليه بالسنهورى ص ٥٩٦ هامش (٢).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٥ ص ٢٠٧ .

التقصير اليسير ويحاسب دائماً على التقصير الجسيم ولو كان قد اعتاده فى شئونه الخاصة فهو يسأل عن تقصيره الحادث بفعله أو بمجرد إهماله ، فإذا لم يتخذ عند تنفيذ الوكالة الاحتياطات التى تقتضيها رعاية مصالح الموكل أصبح مسئولا قبله عن تعويض ما يصيبه من ضرر من جراء هذا الإهمال، وتقـــرر مســـئولية الوكيل فى هذه الحالة دون حاجة لإعذاره مقدماً لأن مســـئوليته متفرعة عن التزامه بتنفيذ الأعمال الموكل بـــها تنفيذاً مطابقاً لشروط عقد الوكالة " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١)

وينبنى على ذلك ما يأتى :

(أ)- يكـــون الوكيل المأجور مسئولا إذا تأخر فى تنفيذ الوكالة دون مبرر فأضاع على الموكل صفقة رابحة .

أمـــا إذا كـــان غير مأجور ومعروفا بالتهاون فى شئونه الخاصة فإنه لا يكون مسئولا [١].

أو تقاعد عن المطالبة بدين حتى انقضى بالتقادم أو امتناعه عن المطالبة به فى ميعاده .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تقاعد الوكيل عن المطالبة بالدين حتى انقضى بالتقادم أو امتناعه عن المطالـــبة به فى ميعاده ، مما أدى إلى عدم إعمال شرط الفسخ الاتفاقى لا يعد تصرفا قانونيا يصح أن يكون موضع بحث فى مدى اتساع الوكالة له

---

(١) السنهورى ص ٥٩٧ .

وإنما هو واقعة مادية يفيد المدين من آثارها القانونية ، ويسأل عنها الوكيل أمام موكله " .

(طعن رقم ٤٣٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٣٠)

(ب)- إذا كان الوكيل مأجورا ووكل فى شراء منزل ، وكان بالمنزل عيوب ظاهرة لا تخفى على الشخص العادى، كان مسئولا عن ذلك نحو الموكل . فإذا كان غير مأجور وكانت هذه العيوب تخفى عليه هو لم يكن مسئولا .

أما إذا كانت العيوب خفية و لم يدركها ، وكان من اليقظة بحيث كان يستطيع إدراكها لو بذل عنايته الشخصية ، فلا يكون مسئولا عنها سواء كان مأجورا أو غير مأجور . ذلك أنه إذا كان مأجورا لم يكن مسئولا إلا عن عناية الشخص المعتاد والمفروض أن كشف العيوب يتطلب عناية أكبر .

وإذا كان غير مأجور لم يكن مسئولا عن أزيد من عناية الشخص المعتاد ولو كانت عنايته الشخصية أعلى من ذلك . ولكن للموكل فى هذا الفرض أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية [١].

(جـ) – لايسأل الوكيل عن عدم التأمين على عقار من عقارات الموكل عند احتراقه ، ولو كان الوكيل شديد الحرص فى إدارة شئونه الخاصة، لأنه لا يطالب ببذل نفس العناية بالنسبة لشئون الموكل بل يكتفى منه بالعناية المعتادة[٢].

---

(١) السنهورى ص ٥٩٨ وما بعدها .

(٢)محمد على عرفه ص ٣٧٨ .

(د) - يسأل الوكيل المكلف ببيع عقار أو إيجاد مشتر أو مستأجرله ، عن إعسار هذا المشترى أو المستأجر إذا كان إعسارهما ظاهر، سواء كان الوكيل مأجورا أو غير مأجور .

(هـ) - يكون الوكيل مسئولا قبل الموكل إذا تصالح مع المدينين تنفيذا للوكالة وثبت أن فى صلحه معهم إضرارا بالموكل لتنازله عن جزء من دين المحال عليهم مما جيب أن يقدم عنه حسابا على اعتبار أن التحويل كان على سبيل التحصيل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الطاعن قد قام بالصلح مع المدينين تنفيذا للوكالة فإنه يكون صحيحا ما رتبه الحكم على التكييف الذى انتهى إليه من مسئولية الطاعن إذا ما ثبت أنه فى صلحه معهم أضر بالموكل بأن تنازل عن جزء من دين المحال عليهم مما يجب أن يقدم عنه حسابا على اعتبار أن التوكيل كان على سبيل التحصيل . أما القول بأن حقيقة العملية هى اشتراط لمصلحة الغير وهو هنا الطاعن فينفيه أن الاتفاق لا يخول الطاعن حقا مباشرا قبل مورثه فى استيفاء دينه منه " .

(طعن رقم ٣٢٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٥٣/١/٢٢)

٢- " إذا كان العرف أو القانون فى البلد الذى شحنت إليه البضاعة يحول دون تنفيذ تعليمات البائع من عدم تسليم سندات الشحن إلا بعد دفع قيمتها بالاسترليني وكان البائع قد اشترط عند عدم الدفع تخزين البضاعة والتأمين عليها فإنه يكون من الواجب على البنك الذى نيط به

هذا العمل إما التنحى عن قبوله أو القيام بتخزين البضاعة وفقا لتعليمات المرسل فإن خالف ذلك وسلم المستندات كان مسئولا عن عمله " .

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/١٠)

٣-" القول بأن ناظر الوقف له أن يؤجر أعيانه ولو بغبن فاحش إنما هو خـــاص بتحديد العلاقة بين المستأجر وبين الناظر المؤجر له ومن يخلفه فى النظر ولا يتعدى ذلك إلى المستحقين ولايسرى عليهم لأن الناظر إذا كان يتقاضى أجرا يعتبر مسئولا أمامهم عن تقصيره وفقا للقواعد الخاصة بعقد الوكالـــة. وإذن فمتى كان الواقع هو أن ناظر الوقف الذى يتقاضى أجرا قـــد أجـــر أعيان الوقف بغبن فاحش فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بـــهذه الأجرة فى علاقة الناظـــر بالمستحق وألزمه بأجر المثل لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/١٢/٨)

٤- " لمـــا كانـــت العلاقة بين ناظر الوقف والمستحق تخضع لأحكام الوكالـــة ولحكم المادة ٥٠ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ التى تنص عـــلى أنـــه يعتبر الناظر أمينا على مال الواقف ووكيلا عن المستحقين — والـــناظر مســـئول عما ينشأ عن تقصيره الجسيم كما يسأل عن تقصيره اليســـير إذا كان له أجـــر وذلك بالقدر الذى يرتبط بالمسئوليتين المدنية والجنائية وطالما أنه لم يثبت تقصير ناظر الوقف فإنه لايصح أن يعدل عن عقـــود الإيجار التى أبرمها. وإذ لم يبين الحكم المطعون فيه السند القانونى لقضائه بمسئولية ناظر الوقف عن أجر المثل و لم يحقق عناصر هذه المسئولية ولم يعـــرض مـــا إذا كان يعمل بأجر أو بغير أجر وما إذا كان قد ثبت

تقصـــيره ومدى ذلك التقصير ، فإن الحكم يكون قد أعجز بذلك محكمة الـــنقض عن ممارسة وظيفتها فى مراقبـــة صحة تطبيقه للقانـــون مما يتعين نقضه".

(طعن رقم ٨٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٢)

٥- " ناظـــر الوقـــف وإن كان لا يسأل فى دعوى الحساب إلا عما قبضه بالفعل من إيراد الوقف ، إلا أنـــه باعتباره وكيـــلا عن المستحقين يكـــون مسئولا فى ماله الخاص عما ينشأ عن تقصيره الجسيم نحو أعيان الوقف وغلاته ، وعن تقصيره اليسير إذا كان له أجر على النظر . وإذ كان الثابـــت أن دعوى الحساب رفعت على المطعون عليها بصفتها الشخصية وبصفتها ناظرة على الوقف ، وطالبها الطاعن بالمستحق له من الإيراد فى الوقـــف ، وتمسك فى دفاعه أمام محكمة أول درجة وفى صحيفة استئنافه بنصيبه فى إيراد منـــزلين لم تؤجرهما ودكانين تنازلت عن أجرتـــهما — وكان ما أورده الحكم المطعون فيه ينصب على مسئولية المطعون عليها فى مـــال الوقف ، ولا يواجه دفاع الطاعن فى شأن مسئوليتها عن تقصيرها وإهمالهـــا فى تأجير المنـــزلين وفى التنازل عن أجرة الدكانين ، وهو دفاع جوهـــرى مـــن شأنه — لو صح- أن يغير وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قد خالف القانون وشابه قصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٢٤٦ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٨)

٦-" تخضع العلاقة بين ناظر الوقف والمستحقين فيه — وعلى ما جرى بـــه قضـــاء هذه المحكمة- لأحكام الوكالة ولحكم المادة ٥٠ من قانون الوقـــف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، التى تردد حكم المادة ٥٢١ من القانون

المـــدنى السابق ، وتعمل حكم المادة ٧٠٤ من القانون المدنى الحالى. وهما اللتان تحددان مسئولية الوكيل بصفة عامة ، ومفاد ذلك أن ناظر الوقف إذا قصر نحو أعيان الوقف أو غلاته كان ضامنا دائما لما ينشأ عن تقصيره الجســـيم ، أما ما ينشأ عن تقصيره اليسير فلا يضمنه إلا إذا كان له أجر على النظر " .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٠/٢٣)

٢٨٢ـ مسئولية الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم :

لم تتناول المادة ٧٠٤ مدنى مسئولية الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم، وإنما تركت ذلك للقواعد العامة .

وقـــد نصت المادة ٢/٢١١ مدنى فى صدد المسئولية عن الخطأ العقدى فى الالتزام ببذل عناية على أن : " وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم " .

وعـــلى ذلـــك فإن الوكيل سواء كان مأجورا أو غير مأجور يكون مسئولا عما يرتكبه من غش أو خطأ جسيم .

وتظـــل مسئولية الوكيل ولو كان هناك اتفاق بينه وبين الموكل على الإعفاء من هذه المسئولية .

ومن الأمثلة على الغش والخطأ الجسيم الذى يقع من الوكيل ما يأتى:

١- أن يطعـــن الموكل على ســـند بالتزوير ، فيقر الوكيل بصحـــة السند بناء على الغش والتواطؤ مع الخصم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كانت المحكمة قد حصلت من الوقائع المطروحة أمامها أن الإقرار الصادر من وكيل المطعون عليها بصحة السند الذى طعنت فيه موكلته بالتزوير كان وليد الغش والتواطؤ مع الطاعنة فلا يسرى فى حق المطعون عليها كما لا يسرى فى حق القاصر لأن المطعون عليها لم تكن عينت وصيا عليه وقت صدور التوكيل و لم يوافق عليه المجلس الحسبى بعد تعيينها وفى هذا ما يكفى لإهدار حجيته فإنه يكون غير منتج ما تمسكت به الطاعنة من أن الإقرار صدر من وكيل المطعون عليها قبل إلغاء توكيله".

(طعن رقم ٢١٥ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/١٥)

٢- تعمد الوكيل عدم تنفيذ الوكالة دون التنحى عنها فى الوقت المناسب.

٣- إذا كان الوكيل معهودا إليه بيع أرض زراعية أو تأجيرها وقام ببيعها بثمن بخس أو بتأجيرها بأجرة بخسه بالتواطؤ مع المشترى والمستأجر.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان الأصل وفقا للمادة ١٠٥ من القانون المدنى أن ما يبرمه الوكيل فى حدود وكالته ينصرف إلى الأصيل إلا نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش ، فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق موكله، فإن التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إلى الموكل . وإذ كان البين من الحكم الابتدائى الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه لأسبابه أنه استخلص فى حدود سلطته التقديرية من أقوال شهود المطعون عليه الأول أن عقدى الإيجار سند الطاعن الأول صدرا فى ظروف مريبة وفى غير

مواعيد تحديد عقود إيجار الأراضى الزراعية ، وأن الطاعن الثانى لم يبرزهما إلا بعـــد أن دب الخلاف بينه وبين المطعون عليه الأول، واتخذ من عدم إشـــارة الطاعن الثانى فى الإنذار الموجه منه إلى هذين العقدين قرينة على اصـــطناعهما وكانت هذه الأسباب سائغة ومؤدية إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم من أن عقدى الإيجار قد حررا بطريق الغش والتواطؤ ، وكان الحكـــم إذ تحدث عن صورية عقدى الإيجار الصادرين إلى الطاعن الأول مـــن شـــقيقة – الطاعن الثانى – بوصفه وكيلا عن المطعون عليه الأول مستندا إلى القرائن التى استظهرها إنما قصد الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بين طرفى العقد إضرارا بالموكل ، فإنه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٧٣ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٤/٧)

٤- إذا كان بيد الوكيل مال للموكل فقام باستعماله لمصلحته ، فإذا كان ذلك بنية تملكه كـــان مبددا ووقعت عليه العقوبـــة المنصوص عليها بالمـــادة ٣٤١ عقوبات كما يلتزم بفوائد المبلغ من وقت استخدامه عملا بالمـــادة ٧٠٦ مدنى التى تجرى على أنه : " ١- ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه .

٢- وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعلـــيه أيضـــا فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر".

ه- إذا رحل الوكيل متأخرات الإيراد المستحق له من سنة إلى أخرى، ولم يطالب بـــها مما نجم عنه سقوطها بالتقادم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مورث الطاعنين وكيلا بالإدارة وأنه بذلك كان مسئولا عن أخطائه الجسيمة وأن ترحيله للمتأخرات من ســنة لأخــرى وقعوده عن المطالبة بـــها أدى إلى سقوطها بالتقادم فإن النعى عليه بفساد الاستدلال يكون غير سديد " .

(طعن رقم ٦٦٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/١١/٣)

٢٨٣ـ عدم مسئولية الوكيل عن السبب الأجنبي :

تقضى القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ١٦٥ مدنى أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لايدله فيه كحادث مفاجئ، أو قــوة قاهــرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك .

ومن ثم فإنه إذا لحق الموكل ضرر نتيجة عدم البدء فى تنفيذ الوكالة أو عدم الاستمرار فى التنفيذ ، أو حصول أى خطأ فى تنفيذ الوكالة ، نتيجة حادث مفاجئ أو قوة قاهرة ، كما إذا كانت مهمة الوكيل شراء أو بيع مــنــزل ، وقــبل تنفيذ الوكالة احترق المنــزل بقوة قاهرة أو بحادث فجــائى ، فأصبح تنفيذ الوكالة مستحيلا أو نتيجة خطأ الموكل نفسه ، كما لو كان الوكيل فى حاجة إلى تلقى بيانات من الموكل لتنفيذ وكالته فأمده ببيانات خاطئة .

أو كـــان الضـــرر نتيجة خطأ الغير ، كأن يقتضى التنفيذ أن يودع الوكيل مال الموكل عند الغير ، فضاع المال بفعل المودع عنده ، ولم يكن الأخير تابعا للوكيل .

غير أنه يجوز الاتفاق على خلاف ما تقدم بالتفصيل الذى سيلى (أنظر بند ٢٨٦).

٢٨٤- إثبات مسئولية الوكيل :

تطـــبق القواعد العامة فى إثبات خطأ الوكيل . فإذا كان التزام الوكيل الـــتزاما محـــددا أى بنتيجة كرفع دعوى مثلا ، فليس على الموكل إلا أن يثبت عدم تحقق هذه النتيجة ويبقى على الوكيل أن يثبت السبب الأجنبى. أما إذا كان التزام الوكيل التزاما عاما بالحرص واليقظة أى التزاما بوسيلة كالبيع بربح كبير مثلا أو بالمرافعة لكسب الدعوى ، فإن على الموكل أن يثبت قصور الوكيل عن بذل العناية التى يلزمه العقد ببذلها [(١)]. وإذا ادعى الوكـــيل أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبى كان عليه إثبات السبب الأجنبى .

والوكيل لايستطيع إثبات التصـــرف القانونى الذى أبرمه إلا طبقـــا للقواعد العامة فى الإثبات . فـــلا يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا تجاوز قيمته خمسمائة جنيه . أما إثبات الوقائـــع المادية التى صدرت من الموكل فيكون بكافة الطرق [(٢)].

(١) أكثم الخولى ص ٢٢٦ .

(٢) السنهورى ص ٦٠٤ هامش (١) .

٢٨٥ـ التعويض :

لايقضى للموكل بتعويض قبل الوكيل- طبقا للقواعد العامة- إلا إذا نجم عن الخطأ فى تنفيذ الوكالة ضرر له . ويكون التعويض بمقدار الضرر. فإذا كان محل الوكالة قبض دين للموكل و لم يقم الوكيل بتنفيذ الوكالة ، كان التعويض بمقدار هذا الدين .

ومسـئولية الوكـيل عن خطئه فى تنفيذ الوكالة تسقط بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ انتهاء الوكالة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مـتى كانت الوزارة الطاعنة باعتبارها وكيله بأجر عن المستحقين ، مسـئولة عن تقصيرها اليسير ، فإن مسئوليتها لا تسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ انتهاء الوكالة " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/٦/١٧)

وإذا فـوت المحامى ميعاد رفع الدعوى أو ميعاد الطعن تقصيرا منه، كان مسئولا عما كان الموكل يكسبه من رفع الدعوى أو الطعن فى الميعاد.

غـير أنه عند الحكم على مسلك الوكيل فى تنفيذ الوكالة يجب النظر إلى مجمـوع أعمـال وكالته بحيث يتغاضى عن خطأ صدر منه إذا كان يقابله إحسان فى تنفيذ الوكالة يعود بالنفع على الموكل فى جانب آخر من مجمـوع الأعمال التى قام بـها [1]، بحيث يغطى النقص الذى حصل فى الجانب الآخر .

---

(١) أكـثم الخـولى ص ٢٢٧ – وعكس ذلك السنهورى ص ٦٠٦ فيقول : قد يكـون الوكيل موكلا فى بيع أرض ومنـزل ، فيبيع الأرض بثمن أعلى من ثمـن المثل والمنـزل بثمن أدنى ، ويكون ما كسبه فى الأرض مساويا أو –

٢٨٦ـ الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية :

تقضى المادة ٢١٧ مدنى فى فقرتيها الأولى والثانية بـــأن : " ١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة .

٢-كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عـــدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومـــع ذلـــك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه " .

ومفـــاد هذا النص أنه يجوزللموكل والوكيل الاتفاق إما على تشديد مسئولية الوكيل وإما على التخفيف منها .

فـــيجوز الاتفاق على أن يتحمل الوكيل الخسارة التى تنجم للموكل ولو كان سببها حادث مفاجئ أو قوة قاهرة . كأن يشترط الموكل على الوكيل ضمان الربح فى الصفقة التى يعقدها .

كمـــا يجوز الاتفاق على ألا يكون الوكيل الخاص المأجور مسئولا إلا على عنايته الشخصية بشرط ألا تزيد على عناية الشخص المعتاد . أو يتفق على ألا يكون الوكيل مسئولا عن التعويض إلا فى حدود مبلغ معين [1].

=أعـــلى ممـــا خســـره فى المنـــزل، فلا تقع مقاصة بين الكسب والخسارة، ويكـــون الوكيل مسئولا عما خسره فى المنـــزل دون أن يستنـــزل من هذه الخسارة ما كسبه فى الأرض . ذلك أن ما كسبه فى الأرض هو خالص حق الموكل، فإن الوكيل إذا استطاع التعاقد بشروط أفضل عاد نفع ذلك خالصا للموكل . فلا يكون الموكل مدينا بـــهذا الكسب للوكيل حتى تقع مقاصة فيه مع ما خسره الوكيل فى المنـــزل ، وتبقى الخسارة دينا فى ذمة الوكيل .

(١) السنهورى ص ٦٠٨ ما بعدها .

غـــير أنه لا يجوز إعفاء الوكيل من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ وكالته إذا كان ذلك ناشئا عن غشه أو خطئه الجسيم .

غير أنه يجوز اشتراط الوكيل عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ الوكالة .

٢٨٧ـ تطبيقات فى مسئولية المحامى نحو موكله :

١ – عدم حضور المحامى عن موكله فى الاستئناف المرفوع منه :

يكـــون المحامى مسئولا قبل موكله إذا لم يحضر فى الاستئناف المرفوع منه ، بناء على اتفاق بينهما ، مما أدى إلى اعتبار الاستئناف كأن لم يكن أو شطبه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مـــتى كـــان الحكـــم الابتدائى قد أقام قضاءه بمسئولية المحامى عن تعويض موكلته عن خطئه فى الدفاع عنها فى قضية شرعية خطأ أدى إلى رفـــض دعواها ، وكان الحكم المطعون فيه رغم تأييده الحكم الابتدائى لأســـبابه أضـــاف أن المحـــامى قصر أيضا لعدم حضوره عن موكلته فى الاستئناف المرفوع منها عن الحكم الابتدائى رغم اتفاقه معها على الحضور، فـــإن الحكم لا يكون متناقضا فى أسبابه تناقضا يبطله ، ذلك أن الحكم المطعون فيه يقرر مسئولية المحامى سواء صح دفاعه بأنه لم يخطئ فيما أبداه مـــن دفاع عن موكلته لدى المحكمة الشرعية أم لم يصح لأنه كان لزاما علـــيه فى الحالة الأولى أن يباشر الاستئناف عن موكلته ليتوصل إلى إلغاء الحكم الابتدائى لمصلحتها بعد أن اتفق معها على ذلك " .

(طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٤/٢٣)

٢- مسئولية المحامى عن الإهمال فى المحافظة على مستندات موكله مما أدى إلى فقدها :

قضت محكمة النقض بأن :

" وكالـــة المحامى وإن كانت تستلزم منه المحافظة على ما يعهد به إليه موكلـــه من مستندات إلا أن إهماله فى المحافظة عليها لا يمكن أن تنصرف آثـــاره إلى الموكل لأن الفقد فى هذه الصورة لم يكن من فعل الموكل أو نتيجة إهماله ، ومن ثم يتحقق به السبب الأجنبى الذى لا يد للدائن فيه فى حكم المادة ٢/٦٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨" .

(طعن رقم ٨٩٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٠)

٣-مسئولية المحامى إذا أبدى أية مساعدة ولو من قبيل الشورى لخصم موكله :

تنص المادة ٨٠ من قـــانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أنه : "على المحامى أن يمتنع عن إبداء أية مساعدة ولو من قبيل الشورى لخصم موكله فى النـــزاع ذاته أو فى نـــزاع مرتبط به إذا كان قد أبدى فيه رأيا للخصـــم أو ســـبقت له وكالة عنه فيه ثم تنحى عن وكالته وبصفة عامة لايجوز للمحامى أن يمثل مصالح متعارضة " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الفقـــرة الأولى مـــن المادة ١٢٩ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالمحاماة على أنه " على المحامى أن يمتنع عن إبداء أية مساعدة ولو من قبيل الشورى لخصم موكله فى النـــزاع ذاته أو نـــزاع مرتبط به إذا كـــان قـــد أبدى رأيا للخصم أو سبقت له وكالة عنه ... ثم تنحى عن

وكالته وبصفة عامة لا يجوز للمحامى أن يمثل مصالح متعارضة ..." يدل على أن الخطاب فى هذا النص موجه إلى المحامى مما مفاده أن إقدامه على تلك المخالفة يؤدى إلى مساءلته تأديبيا " .

(طعن رقم ١١٥٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٥)

والمشرع وإن لم يرتب البطلان على مخالفة المحامى أحكام النص سالف الذكر ، إلا أن المحامى يكون مسئولا أمام موكله عما أصابه من ضرر من جراء هذه المخالفة .

هل يجوز للمحامى الإدلاء بالشهادة بناء على طلب موكله ؟

مفاد المادتين ٦٦، ٧٩ من قانون الإثبات والمادة ٦٥ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ أنه يمتنع على المحامى أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التى علم بها عن طريق مهنته إذا طلب منه ذلك من أبلغها إليه إلا إذا كان ذكرها له بقصد ارتكاب جناية أو جنحة ، إلا أن ذلك كله يدور فى إطار حماية الخصم الموكل ، ومن ثم لاغضاضه عن سماع شهادته إذا رأى الموكل أن مصلحته فى ذلك .

وقد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض . إذ ذهبت إلى أن :

"وحيث إن هذا النعى فى محله . ذلك أن النص فى المادة ٦٦ من قانون الإثبات على أنه " لايجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة . ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة

على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخـــل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بـــهم " وفى المادة ٦٥ من قانون المحاماة ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أنه " على المحامى أن يمتنع عن أداء الشهادة عـــن الوقائع أو المعلومات التى علم بـــها عن طريق مهنته إذا طلب منه ذلك من أبلغها إليه ، إلا إذا كان ذكرها بقصد ارتكاب جناية أو جنحة" وفى المادة ٧٩ من القانون ذاته على أن " على المحامى أن يحتفظ بما يفضى به إليه موكله من معلومات، مالم يطلب منه إبداءها للدفاع عن مصالحه فى الدعوى" وفى المادة ٨٢ من قانون الإثبات على أنه " لايجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهرا لأحد الخصوم إلا أنه يكون غير قادر على التمييز بســـبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأى سبب آخر" كل ذلك يدل على أن المشرع أطلق حق الخصم المكلف بالإثبات فى اختيار شهوده مالم يكن الشاهد غير قادر على التمييز ، مكتفيا بأن يكون للمحكمة السلطة التامة فى تقديـــر قيمة كل شهادة ، ولايغير من هذا النظر أن يكون المشرع قد مـــنع بعـــض الشهود من أداء الشهادة إن كان فى ذلك إخلالا بواجب ألزمهم القانون مراعاته أو زعزعة لرابطة يحرص القانون على ثباتـــها أو أجـــاز للمستشهد بـــهم بالامتناع عن أداء الشهادة للاعتبارات نفسها ، فذلـــك كله يدور فى إطار حماية أطراف هذه العلاقات دون غيرهم — لما كـــان ذلك وكان الثابت بمحضر جلسة التحقيق أمام محكمة الاستئناف بـــتاريخ ١٩٨٧/٤/٥ أن الطاعنين تمسكوا بسماع شهادة الأستاذ .... الحاضر بالجلسة والذى أبدى استعداده لأدائها ، واعترض المطعون ضدهم

لأن المستشهدبه كان محامى مورثة الطاعنين وأقيمت الدعوى من مكتبه، فرفضت المحكمة الاستماع إلى شهادته . ولم يورد الحكم المطعون فيه فى أسبابه ما يبرر هذا القرار فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شابه القصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ١٤٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٦)

٤- مسئولية المحامى عن إفشاء المعلومات التى يدلى بها موكله :

تقضى المادة ٧٩ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن : على المحامى أن يحتفظ بما يفضى إليه موكله من معلومات ما لم يطلب منه إبداءها للدفاع عن مصالحه فى الدعوى .

ومن ثم فإن إفشاء المحامى لهذه المعلومات دون طلب من موكله لإبدائها للدفاع عن مصالحه يرتب مسئولية المحامى قبل موكله .

٢٨٨- استخلاص خطأ المحامى نحو موكله مسألة تقديرية :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" استخلاص محكمة الموضوع للخطأ الموجب لمسئولية المحامى قبل موكله أو نفى ذلك هو مما يدخل فى حدود سلطتها التقديرية متى كان استخلاصها سائغا ، وإذا كان ما أورده الحكم فى شأن نفى حصول خطأ من المحامى سائغا ويكفى لحمل النتيجة التى انتهى إليها فإن ما تضمنه وجه النعى لا يعدو أن يكون مجادلة فى تقدير محكمة الموضوع للدليل مما لايجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعنان رقما ٣٨٢ ، ٤٣٢ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٩)

حالة تعدد الوكلاء :

النص القانونى :

٢٨٩ – المادة (٧٠٧) مدنى :

" ١- إذا تعـــدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غـــير قابلـــة للانقسام ، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشـــترك . عـــلى أن الوكـــلاء ولو كانوا متضامنين لايسألون عما فعله أحدهم مجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا فى تنفيذها .

٢- وإذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص فى انفرادهم فى العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لايحتاج فيه إلى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه " .

٢٩٠ـ سلطة الوكلاء عند تعددهم فى العمل لحساب الموكل :

بمقتضـــى الفقرة الثانية من المادة ٧٠٧ مدنى إذا عين الوكلاء فى عقد واحـــد دون أن يرخص فى انفرادهم فى العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى .

فتوكـــيل عدة أشخاص بعقد واحد لا ينشئ لأى واحد منهم منفردا ســـلطة العمل لحساب الموكل بل تكون هذه السلطة لهم مجتمعين ، لأن المشـــرع وضـــع قرينة قانونية على أن الموكل أراد ألا يعملوا إلا مجتمعين ومن ثم فإنه يمتنع على الوكلاء فى هذه الحالة أن يمارسوا العمل منفردين، فـــإذا باشر التصرف أحدهم أو بعضهم دون الباقين كان تصرفهم باطلا لانعدام صفة من باشر التصرف .

ولا يشـــترط أن يقوم الوكلاء جميعا بالتصرف ، بل يكفى أن ينفرد أحدهم بالتصرف فى عمل يقتضى اجتماعهم لصحة التصرف ، ثم يوافق الوكلاء الآخرون على تصرف زميلهم ، فإن هذا التصرف يصح ويسرى قبل الموكل ، ولكن من تاريخ هذه المصادقة فقط [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر شرعا وقانونا أن أحد الوكيلين أو أحد الوصيين المشروط لهما فى التصرف مجتمعين، إذا تصرف بإذن صاحبه أو بإجازته نفذ تصرفه صريحة كانت الإجازة أو ضمنية . فإذا أجرى أحد هذين الوصيين تصرفا صـــح تصرفه متى صدرت من شريكه فى الوصاية أعمال وتصرفات دالة على رضائه بـــهذا التصرف " .

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/١٢/١٩)

وإذا تخلـــف أحد الوكلاء عن المساهمة مع الآخرين فى عمل يقتضى اجـــتماعهم ، وترتب على ذلك عدم تنفيذ الوكالة انحصرت المسئولية فى شخص الوكيل المتخلف عن العمل دون الآخرين ، لأن عدم التنفيذ نجم فى الواقـــع عـــن خطئه . مثال ذلك أن يوكل شخص وكيلين فى شراء مـــنـــزل معـــين ، فيجـــب عليهما أن يعملا مجتمعين إذ أن صفقة البيع لاتتجزأ، فإذا امتنع أحدهما عن التوقيع على العقد ، وأدى ذلك إلى ضياع الصـــفقة عـــلى الموكل انفرد وحده بالمسئولية فيكون كل من الوكلاء مسئولا عن خطئه . ولايجوز للموكل أن يرجع على كل منهم إلا حدود

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٨١ .

ما نسب إليه من خطأ . إلا إذا اشترط تضامنهم صراحة فى عقد الوكالة، أو كان التضامن مقرر بنص القانون .

غـــير أنـــه يستثنى من قاعدة عدم انفراد الوكلاء المتعددين بالتصرف حالتان :

الأولى : أن يرخص الموكل لأحد الوكلاء بالانفراد فى العمل . وهذا الترخيص يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا.

الثانية : أن يكون العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى . والمقصود بـــهذا العمل هو الذى لايتم إلا على نحو واحـــد معين لا يحتمل تقديرا أو وزنا للرأى قد يختلف من شخص إلى آخر . ومن أمثلة ذلك التوكيل بقـــبض الدين أو وفائه أو التوكيل بقبول هبة أو بالإبراء من دين إلى غير ذلـــك مـــن الصـــور التى لا تلعب فيها إرادة الوكيل دورا يذكر فى إتمام التصرف .

أما التوكيل بإدارة مزرعة أو التوكيل فى البيع بثمن مناسب فهو توكيل بأعمـــال تحتاج إلى تبادل الرأى ويحتمل تنفيذها وجوها مختلفة لا بد من اتفاق الوكلاء المتعددين على اختيار أحدها . ويلاحظ أن تقسيم الأعمال من حيث لزوم تبادل الرأى لا شأن له بتقسيمها إلى أعمال إدارة وتصرف وتـــبرع . فمـــن أعمـــال الإدارة ما يحتاج إلى تبادل الرأى ومن أعمال التصرف أو التبرع ما لا يلزم فيه تبادل الرأى [1].

---

(١) أكثم الخولى ص ٢١٣ وما بعدها .

أمـا إذا عـين الوكلاء المتعددون بعقود متعددة. فإنه يجوز لكل لأى مـنهم الانفراد بالعمل محل الوكالة . إلا إذا ثبت من الظروف أن الموكل قد قصد إلى وجوب اشتراك الوكلاء جميعا فى التصرف .

فالأمر يتعلق بتفسير إرادة الموكل .

قد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- إذا تعـدد الوكلاء فى الأمر الواحد كان كل منهم مسئولا عن الـتزاماته كوكيل . فيجب أن ينفذ الوكالة ، ولايصح أن يعمل الوكلاء إلا مجـتمعين ماداموا قد عينوا فى عقد واحد ولم ينص صراحة فى العقد عـلى انفرادهم . أما إذا عينوا فى عقود متفرقة ، أو فى عقد واحد ونص صراحة على انفرادهم ، جاز أن ينفرد كل منهم بتنفيذ الوكالة "[1].

٢٩١- جواز انفراد أحد المحامين الموكلين بالعمل:

تـنص المـادة ٧٧ مرافعات الواردة فى الباب الثالث — الفصل الأول الخاص بالحضور والتوكيل بالخصومة على أنه :

" إذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الانفراد بالعمل فى القضية ما لم يكن ممنوعا من ذلك بنص فى التوكيل " .

فقد خرج المشرع فى هذا النص عن القاعدة العامة التى نص عليها فى المـادة ٢/٧٠٧ مدنى . فأجاز لأحد المحامين الموكلين بعقد واحد الانفراد بالعمل محل الوكالة ، ما لم يكن بالتوكيل نص يمنعه من ذلك .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢١٣ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان التوكيل الصادر من الطاعن قد صدر لعدة محامين فإنه يجوز انفــراد أحدهم بالتقرير بالطعن لأن قانون المرافعات قد خرج فى الوكالة بالخصومة عن القاعدة العامة التى قررتـــها المادة ٧٠٧ من القانون المدنى فـــنص فى المادة ٨٥ من قانون المرافعات على أنه إذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهـــم الانفـــراد بالعمل فى القضية ما لم يكن ممنوعا من ذلك بنص التوكـــيل ولا محل لتخصيص عموم نص هذه المادة وقصره على السير فى الدعوى بعد إقامتها " .

(طعن رقم ٣٥١ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٨/٣/٢٧)

٢٩٢- التضامن بين الوكلاء فى المسئولية :

الأصل هو عدم التضامن فى المسئولية . غير أنه يستثنى من هذا الأصل أن ينص القانون أو الاتفاق على هذا التضامن .

ورغبة من المشرع فى حماية الموكل وإعفائه من تحديد الوكيل المسئول قـــد أنشأ تضامنا قانونيا بين الوكلاء المتعددين بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ مدنى فى حالتين .

الحالة الأولى :

إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام . كما لو كان محل الوكالة شراء عقـــار معـــين أو بيعه أو رهنه . فإذا تم البيع بثمن أقل بكثير من القيمة الحقيقة لهذا العقار، أو كان المشترى معسرا ، أو كان مبلغ القرض الذى رهن من أجله العقار لا يتعادل البتة مع قيمته الحقيقية ، جاز للموكل أن

يــرجع بالتعويض على الوكلاء المتعددين بالتضامن ، ولو لم يشترط ذلك فى العقد [١].

وإذا كــانت الوكالة فى عمل تجارى جــاز للموكل أن يرجــع على الوكـــلاء المتعددين بالتضامن ، لأن التضامن بين المدينين هو القاعدة فى المسائل التجارية .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .... وكل وكيل مسئول عن هذه الالتزامات دون تضامن مع غيره من الوكلاء إلا فى حالتين :

(أ)- إذا كانـــت الوكالـــة غير قابلة للانقسام . مثال ذلك أن يوكل شـــخص وكـــيلين فى شراء منـــزل معين ، فلا يتصور فى هذه الحالة أن يـــنفرد كل وكيل بالعمل إذ أن صفقة البيع لا تتجزأ ويجب على الوكيلين أن يعملا مجتمعين ، ويكونان مسئولين بالتضامن قبل الموكل فى الالتزامات المتقدمة الذكر " [٢].

الحالة الثانية :

إذا كـــان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك. فإذا كانت الوكالـــة قابلـــة للانقســـام كالوكالة بإدارة مزرعة مثلا فلا تضامن بين الوكـــلاء المتعددين بل يظل كل وكيل مسئولا عن تنفيذ التزاماته سواء عمل منفردا بأن اختص بأعمال معينة أو عمل مع بقية الوكلاء غير أنه إذا

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٨٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢١٣ .

عمـــل الوكـــلاء فى الوكالـــة القابلة للانقسام مجتمعين فإنـــهم يكونون متضامنين فى المسئولية عن الخطأ المشترك الذى يصدر منهم . ومعنى ذلك أنـــهم يكونون متضامنين فى كل الأحوال مادامو يعملون مجتمعين(١).

وهكذا يؤدى تطبيق القواعد السابقة إلى اعتبار الوكلاء متضامنين فى المسئولية فى كل الصور إلا إذا كانت الوكالة بعمل يقبل الانقسام وكان الوكلاء يعملون منفردين (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" (ب) — أمـــا إذا كانت الوكالة قابلة للانقسام كإدارة مزرعة ، فإن كل وكيل يكون مسئولا وحده بالتضامن مع غيره من الوكلاء عن تنفيذ التزاماته ، سواء فى ذلك عمل منفردا بأن اختص فى إدارة المزرعة بأعمال معيـــنة أو عمل مع الوكلاء مجتمعين ، ومع ذلك لو ارتكب الوكلاء فى هذه الحالة خطأ مشتركا دبروه فيما بينهم وترتب عليه الإضرار بمصلحة

(١) أكثم الخولى ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٢) وقد قضى بأنه : " إذا كان الثابت من جميع ظروف الدعوى ووقائعها أن زيدا قـــد أدار الأطيان التى اشتراها بكر بإذن شفوى صدر منه فى حضرة أحد أبنائه (عمرو) مقابل أجر معين ، وأنه لما توفى بكر عند منتصف السنة الزراعية استمر زيد بتكليف من عمرو وحده فى إدارتـــها لنهاية تلك السنة ، ولم يقل عمرو إنـــه كان وكيلا عن أختيه الوارثتين الأخريين حين كلف زيدا بالاستمرار فى إدارة الأطيان ، ولم تدع هاتان الأختان أنـــهما وكلتا أخاهما عنهما، فلا يجوز اعتـــبار زيد وعمرو مسئولين بالتضامن عن نتيجة حساب إدارة الأطيان ، بل يسأل زيد وحده عن هذا الحساب قبل كل من الورثة ".

(طعن رقم ٧٠ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٣/٣١)

الموكل ، فإنـــهم يكونون مسئولين بالتضامن عن التعويض سواء اعتبرت المسئولية تقصيرية أو تعاقدية " [١].

ولا يشترط أن يكون الخطأ المشترك من الوكلاء مدبرا فيما بينهم .

ولايـــنال من ذلك ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه :" ومع ذلـــك لو ارتكب الوكلاء فى هذه الحالة خطأ مشتركا دبروه فيما بينهم وترتب عليه الإضرار بمصلحة الموكل، فإنـــهم يكونون مسئولين بالتضامن عـــن التعويض سواء اعتبرت المسئولية تقصيرية أو تعاقدية " . لأن عبارة **"دبـــروه فـــيما بينهم"** قد جاءت بالمذكرة متسقة مع المادة (٩٨٢) من المشروع التمهيدى (التى أصبحت برقم ٧٠٧) ، وقد قامت لجنة المراجعة بحذف العبارة المذكورة[٢].

كمـــا أن مـــا أوردته مذكرة المشروع التمهيدى من أن مسئوليـــة الوكلاء بالتضامن عن التعويض " مسئولية تقصيرية أو تعاقدية " ، محل نظر لأن المســـئولية فى كافـــة الأحـــوال مســـئولية تعاقدية ترتبت على عقد الوكالة[٣].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢١٣ وما بعدها .

(٢) مجموعـــة الأعمـــال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٠٩ وما بعدها ـــ من هذا الرأى السنهورى ص ٦١٨ ـــ أكـــثم الخولى ص ٣٢٧ هامش (٣) — وقارن محمد عـــلى عـــرفه ص ٣٨٢ إذ يشـــترط أن يكون الضرر تسبب بتدبير سابق بين الوكلاء على الإضرار بالموكل .

(٣) السنهورى ص ٦١٨ .

٢٩٣ـ عدم مسئولية الوكلاء عند تجاوز أحدهم حدود الوكالة أو تعسفه فى تنفيذها :

أردفت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ فى عجزها أنه : "على أن الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا فى تنفيذها ".

وعلى ذلك فإن الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم فى حالتين :

الحالة الأولى :

إذا جاوز أحد الوكلاء حدود الوكالة ، كأن خالف شروط البيع التى اشترطها الموكل ، بأن كانت الوكالة فى بيع منزل مثلا وقبض ثمنه ، وكان الوكيل الذى قبض الثمن قبل أن يؤجل جزءا منه. فإن هذا التأجيل لاينفذ قبل الموكل ويلزم المشترى بتعجيل ما أجل من الثمن ، ثم يرجع على الوكيل الذى قبل التأجيل بالتعويض دون أن يرجع على باقى الوكلاء، ودون أن يكون الأخيرون متضامنين مع الوكيل الذى خالف شروط الوكالة ، لأن خطأ هذا الوكيل شخصى محض لا يدخل فى المخاطر العادية لتنفيذ الوكالة وهى التى يقتصر عليها التضامن [(١)].

الحالة الثانية :

إذا كان هذا الوكيل لم يجاوز حدود الوكالة ، ولكنه تعسف فى تنفيذها، بأن كان الموكل – فى المثل السابق – لم يشترط تعجيل الثمن فأجل الوكيل الثمن ولكنه راعى فى ذلك مصلحة المشترى دون مصلحة الوكيل لمصلحة تربطه بالمشترى، فإن التأجيل يسرى فى حق الموكل لعدم

---

(١) أكثم الخولى ص ٢٢٨ .

بمجاوزته حدود الوكالة ، ويرجع بالتعويض على هذا الوكيل وحده دون أن يكون الوكيل الآخر متضامنا معه [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفـــاد نص المادة ١/٧٠٧ من القانون المدنى أن الوكلاء لا يكونون متضـــامنين فى الـــتزاماتـــهم قبل الموكل إلا إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل قد وقع نتيجة خطأ مشترك بين الوكلاء جميعا " .

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٣)

إنابـــة الوكيل غيـــره :

٢٩٤ـ النص القانونى :

المادة (٧٠٨) مدنى :

" ١- إذا أنـــاب الوكـــيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصـــا له فى ذلـــك ، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمـــل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية .

٢- أمـــا إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فإن الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن خطئه فى اختيار نائبه ، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات .

٣- ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر " .

---

(١) السنهورى ص ٦١٦ وما بعدها .

٢٩٥ حالة عدم ترخيص الموكل للوكيل بإنابة غيره :

تنص الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكــر أنه إذا لم يكن مرخصا للوكيل في إنابة غيره في تنفيذ الوكالة كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسئولية ، ذلك أن الأصل أن يؤدى الوكيل العمل بنفسه لا بواسطة غيره ، فإن عمد الوكيل إلى الإنابة، فإنه يصبح مسئولا عن خطأ نــائبه .

والــنص هنا يطبق قواعد المسئولية التعاقدية عن فعل الغير على حالة إنابة الوكيل لغيره فيجعل الوكيل- وهو هنا المتبوع- مسئولا عن أعمال نائب الوكيل . ويتفق تعبير " كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو" الــذى اســتعمله الــنص مع ما يذهب إليه الفقه الحديث من أن أساس المسئولية التعاقدية عن فعل الغير هو فكرة النيابة في الأعمال التى تدمج – مــن الناحــية القانونية – شخص النائب في شخص الأصيل وتجعل من النائــب في العمــل امتدادا لشخص الأصيل أو المتبوع ، ومن ثم تكون مســئولية المتبوع عن فعل نائبة قائمة على أساس خطأ المتبوع لأن خطأ النائب أو التابع هو خطأ الأصيل أو المتبوع [1].

ولما كنا بصدد حالة من حالات المسئولية التعاقدية عن فعل الغير فإن مســئولية الوكيل عن أعمال نائبه لاتقوم إلا إذا توافرت شروط المسئولية الــتعاقدية عــن فعل الغير. وأهم هذه الشروط هو ثبوت الخطأ التعاقدى

(١) أكثم الخولى ص ٢٢٩ – محمد على عرفه ص ٣٨٤ .

للتابع وهو هنا نائب الوكيل ، فلا يكون الوكيل مسئولا قبل الموكل إلا إذا كان نائب الوكيل قد أخل بالتزاماته الناشئة من العقد الذى انعقد بينه وبين الوكيل [١].

وتكـــون مسئولية الوكيل عن خطأ نائبه بمعيار المسئولية الذى ينطبق علـــيه هو لا بمعيار المسئولية الذى ينطبق على نائب الوكيل . فإذا كان الوكيل مأجورا ونائب الوكيل غير مأجور ، وبذل نائب الوكيل فى تنفيذ الإنابة عنايته الشخصية وكانت هذه العناية دون عناية الشخص المعتاد ، كـــان نائب الوكيل غير مسئول لأنه بذل العناية الواجبة عليه إذ هو غير مأجور ، وكان الوكيل مسئولا إذ العناية المطلوبة منه هى عناية الشخص المعتاد لأنه مأجور . أما إذاكان الوكيل غير مأجور ، وكان نائبه مأجورا، لم يكـــن الوكيل مسئولا تجاه الموكل إلا عن عنايته الشخصية إذا كانت أدنى من عناية الشخص المعتاد لأنه غير مأجور ، فإذا نـــزل نائب الوكيل عن عناية الشخص المعتاد دون أن ينـــزل عن عناية الوكيل الشخصية فإنه يكون مسئولا تجاه الوكيل لأنه مأجور ، ولكن الوكيل لا يكون مسئولا تجاه الموكل لأن العناية التى بذلت هى العناية الواجبة على الوكيل [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويجـــوز للوكيل أن ينيب عنه غيره فى تنفيذ الوكالة إلا إذا اشترط الموكل منعه من ذلك ، وهذا بخلاف التقنين الحالى (م٥٢٠/٦٣٦) حيث يشـــترط فى جـــواز الإنابة الترخيص الصريح فإذا أناب عنه غيره، كان

---

(١) أكثم الخولى ص ٢٢٩ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٦٢٨ وما بعدها ــ أكثم الخولى ص ٢٣٠ .

النائب مسئولا عن جميع الالتزامات التى تقع على الوكيل ، لا قبل الوكيل وحده ، بل قبله وقبل الموكل ..... إلخ "[١].

وبالترتيـــب على ما تقدم ، فإن الوكيل يصبح مسئولا بالتضامن مع نائـــبه فى مواجهـــة الموكـــل عن سائر الأضرار التى نجمت بسبب النيابة بصـــددها . وبعـــبارة أخرى عن تلك الأضرار التى ما كانت لتقع لو أن الوكيل باشر التنفيذ بنفسه[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة لحساب الموكل ، فإذا أناب عنه غيره فى تنفـــيذها دون أن يكـــون مرخصا له فى ذلك كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، كما أنه ملزم بأن يقدم للموكل حسابا مفصلا شاملا لجميع أعمال الوكالة ومتضمنا المصاريف التى صرفها والمبالغ التى قبضها على ذمة الموكل وكل ما للموكل وما عليه والرصـــيد بعـــد اســـتنـــزال الخصوم من الأصـــول هو ما يجب على الوكيل الوفاء به للموكل " .

(طعن رقم ٢٥١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/٢٩)

٢- " تـــنص المـــادة ١/٧٠٨ من القانون المدنى على أنه " إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له فى ذلك، كان مســـئولا عـــن عمـــل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية ، مما مفاده أن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢١٤ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٨٤ .

الوكيل لا يسأل عن عمل نائبه طبقا لهذه الفقرة إلا إذا كان قد أنابه فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له فى ذلك من الموكل " .

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٣)

٣- " إذ كان البنك الطاعن يقر بأن العلاقة بينه وبين البنك المركزى يحكمها التفويض الصادر من الأخير فى القيام نيابة عنه بصرف الشيكات الحكومية فى الأقاليم فإن الأمر ينطوى على وكالة صادرة له فى تنفيذ عقد الحساب الجارى القائم بين الجهات الحكومية والبنك المركزى دون أن يكون مرخصاً للأخير فى إجراء هذه الوكالة . ولما كانت المادة ٧٠٨ من القانون المدنى تنص فى فقرتها الأولى على أنه إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاًله فى ذلك كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية كما يجوز طبقاً للفقرة الثالثة من ذات المادة للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر ، لما كان ذلك وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن وفاء البنك بقيمة شيك مذيل من الأصل بتوقيع مزور على عميله وفاء غير صحيح وغير مبرئ لذمة البنك فإن وفاء البنك بقيمة الشيك المزور لا يبرئ ذمته قبل العميل بحيث تقع تبعة الوفاء وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى قيام خطأ فى جانب البنك الطاعن فى تنفيذ عقد الوكالة حين قام بصرف الشيكات المزورة دون أن يتأكد من صحة توقيع العميل بما يحقق مسئوليته العقدية تجاه الموكل فإنه يكون لدائن الأخير الرجوع عليه بموجب

الدعـــوى المباشـــرة ولايسقط حقه فى الرجوع عليه إلا بالتقادم العادى المنصـــوص علـــيه فى المادة ٣٧٤ من القانون المدنى ذلك أن التزام البنك الطاعن فى هذه الحالة أساسه المسئولية العقدية ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى إلى هذه النتيجة الصحيحة فى القانون فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون وتفسيره يكون على غير أساس " [١].

(طعن رقم ٤٣٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٦/١١)

٢٩٦ـ حالـة ترخـيص الموكـل للوكـيل بإنابـة غيره دون أن يعين شخص النائب :

إذا رخـــص الموكل للوكيل بإنابة غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يعين شخص النائب سواء كان هذا الترخيص صريحا أو ضمنيا ، كتوكيل غير المحامى فى رفع دعوى فإنه ينطوى على ترخيص ضمنى له فى توكيل محام،

---

(١) وقـــد قضت بأن : " إذا كان الثابت أن الطاعنة طلبت الحكم بإلزام المطعون علـــيهما متضـــامنين بأن يؤديا لها المبالغ التى قاما بتحصيلها لحسابـــها على أساس أن المطعون عليه الأول وكيل عنها وأنه أناب عنه المطعون عليه الثانى فى تنفيذ الوكالة دون أن ترخص لها الطاعنة فى ذلك مما يجعلهما متضامنين فى المســـئولية تطبيقا لحكم المادة ١/٧٠٨ من القانون المدنى ، وإذ خلص الحكم المطعـــون فيه إلى أن المطعون عليه الثانى لم يكن نائبا عن المطعون عليه الأول بـــل كان وكيلا آخر عن الطاعنة ، فإن ذلك لايمنع محكمة الموضوع من أن تقضى على المطعون عليه الثانى بالمبالغ التى ثبت أنه حصلها لحساب الطاعنة وبقيت فى ذمته على أساس أنه وكيل عن الطاعنة ، ولا يعتبر ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها " .

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٣)

وكذلك توكيل غير السمسار فى شراء أوراق مالية من البورصة فإنه يتضمن ترخيصا فى إنابة أحد السماسرة .

والمحكمة تستخلص التصريح الضمنى الصادرمن الموكل من أوراق الدعوى ومستنداتها [1].

وفى حالة الترخيص بالإنابة على هذا النحو ، فإن الوكيل لايسأل إلا عن خطئه الشخصى فى اختيار النائب ، كما إذا أناب شخصا غير كفء أومشهورا بالإهمال أو معسرا لأنه بذلك يكون قد عرض بخطئه مصالح الموكل للضياع فيسأل عن هذا الخطأ .

غير أنه يلاحظ أن بعض الأعمال قد لا تسمح طبيعتها باختيار شخصى ملىء ، وتكون الإنابة فى مثل هذه الحالات محصورة فى فئة يفترض فيها عدم اليسار ، ومن ثم فإنه لا مسئولية على الوكيل فى مثل هذه الأحوال ، إذا كان النائب معسرا [2].

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من مستندات الدعوى أن الطاعن لم يكن موظفا بالوقف بل كان وكيلا عن وكيلى ناظر الوقف و بنى قضاءه فى ذلك على أن الطاعن قد عين ليقوم بما كان وكيلا الوقف مكلفين به تنفيذا لوكالتهما عن الناظر الذى أجاز لهما إنابة الغير فى تنفيذ الوكالة مع تحملهما أجره دون مساءلة الوقف عن ذلك ، فإن هذا الاستخلاص سائغ يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها " .

(طعن رقم ٤٤٣ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٥/١١)

(٢) محمد على عرفه ص ٣٨٧ هامش (٢) .

ويدخل فى التزام الوكيل مراقبته للنائب منذ إنابته حتى انتهاء النيابة، فـــإذا اختار الوكيل شخصا موسرا كامل الأهلية ، مشهودا له بالكفاءة ثم طرأ بعد التعيين ما سبب إعساره أو فقد أهليته ، فإن الوكيل يسأل عما ينشأ نتيجة لذلك من ضرر (١).

وكذلك يسأل الوكيل عما يكون قد وجهه لنائبه من تعليمات خاطئة أو تعليمات ناقصة أو لم يصدر له تعليمات حيث كان ينبغى أن يصدرها.

ولمـــا كانت مسئولية الوكيل عن أعمال نائبه قبل الموكل هى مسئولية شخصية ، لأنـــها تقوم عن خطئه الشخصى فى الاختيار والتوجيه ، فلا يكون هناك تضامن بين الوكيل والنائب فى مسئولية الوكيل قبل الموكل.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... وفى الحالة الثانية ، إذا رخص الموكل للوكيل أن يقيم عنه نائبا، فـــإن لم يعين له شخص النائب، فإن الوكيل يكون مسئولا عن خطئه فى اختيار نائبه أو خطئه فيما أصدر له من التعليمات . فإن كان لم يقصر فى حسن اختيار النائب ولم يرتكب خطأ فى التعليمات التى أصدرها له، فلا يكـــون مسئولا عن خطئه ، ويرجع الموكل على النائب بالتعويض بطريق الدعوى المباشرة " (٢).

---

(١) السنهورى ص ٦٣٠ – محمد على عرفه ص ٣٨٧- أكثم الخولى ص ٢٣١- وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص ٥٥١ فيعتد بأهلية النائب وقت الإنابة.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢١٤.

٢٦٧- حالة ترخيص الموكل للوكيل بإنابة غيره مع تعيين شخص النائب :

إذا كان الموكل رخص للوكيل بإنابة غيره فى تنفيذ الوكالة ، وعين شخص النائب- وهى حالة لم يتعرض فيها النص لمسئولية الوكيل- فالمفهوم أن مسئولية الوكيل تنتفى ، لأنه لم يكن فى ندبه النائب إلا منفذا أوامر الموكل. فإن كان هذا الأخير قد أساء اختيار النائب فعرض بذلك مصالحه للضياع ، فعليه وحده تقع تبعة سوء الاختيار ولا يكون له بذلك سبيل على الوكيل .

غير أنه حتى فى هذه الحالة يظل الوكيل ملتزما بمراقبة النائب ، لأنه بتفويض الأمر إليه لا يتحلل كلية من التزامه بتنفيذ الوكالة . وهذا الالتزام بالتنفيذ يقتضى فى حالة الركون إلى النائب مراقبة الوكيل إياه . فإذا أثبت الموكل أن الضرر الذى لحقه نجم من عدم تزويد النائب بالتعليمات الضرورية، أو عن انصراف الوكيل أصلا عن مراقبة النائب، أصبح الوكيل مسئولا قبل الموكل [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما إذا عين الموكل للوكيل شخص النائب ، فلا يكون الوكيل مسئولا إلا عن خطئه فيما أصدر له من تعليمات " .

٢٩٨- حالة ما إذا كان الوكيل ممنوعا من إنابة غيره :

قد يكون الموكل قد اتفق مع الوكيل على منعه من إنابة غيره ، سواء كان هذا المنع صريحا أو ضمنيا – وهى حالة لم يتعرض لها النص أيضا-

(١) محمد على عرفه ص ٣٨٨ – السنهورى ص ٦٣١ هامش (٢) .

ولكن يستفاد من المادة أن لا يجوز للوكيل أن ينقل إلى غيره سلطة العمل لحساب الموكل ، فإذا أناب غيره لم تكن للأخير صفة فى التعاقد ، ولا ينفذ تصرفه فى حق الموكل ، إلا إذا أقر تصرفه .

٢٩٩ـ العلاقة المباشرة بين الموكل ونائب الوكيل :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٨ مدنى على أنه : " يجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر" .

والحالتان المشار إليهما ، هما الحالة التى لا يرخص فيها الموكل للوكيل بإنابة غيره فى تنفيذ الوكالة ، والحالة التى يرخص فيها الموكل للوكيل بإنابة غيره فى تنفيذ الوكالة دون تعيين شخص النائب وقد خول النص للموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الوكيل يطالبه فيها بجميع التزاماته الناشئةمن عقد الوكالة ،كماخول نائب الوكيل الرجوع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بالتزاماته نحو الوكيل الأصلى الناشئة عن عقد الوكالة المبرم بين الموكل والوكيل .

ومن مقتضى ذلك أنه يجوز للموكل أن يرجع على النائب بالتضامن مع الوكيل بدعوى مباشرة .

ويلحق بالحالتين السابقتين حالة ما إذا أناب الوكيل الغير وأقر الموكل الإنابة بعد أن كان قد منعها [١].

وهذه الدعوى المباشرة استثناء قصد به المشرع حماية الموكل من منافسة دائنى الوكيل المعسر فى اقتسام المبالغ التى يكون النائب قد قبضها لحساب الموكل . لأنه لولا الاعتراف بهذه الدعوى المباشرة لما كان

---

(١) السنهورى ص ٦٢٥ .

للموكل أن يرجع على النائب إلا بالدعوى غير المباشرة ، فيصبح المحكوم بــه حقا للوكيل يتقاسمه دائنوه قسمة غرماء . أما وقد أصبح للموكل أن يــرجع عــلى النائب مباشرة فإن المبالغ التى قبضت لحسابه لا تمر بذمة الوكيل أصلا فيختص بــها الوكيل[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ويرجع الموكل على النائب بالتعويض بطريق الدعوى المباشرة. أما إن عين الموكل للوكيل شخص النائب ، فلا يكون الوكيل مسئولا إلا عن خطئه فيما أصدر له من تعليمات " [2].

---

(١) ويرى البعض أن نص المادة ٣/٧٠٨ لايتضمن حالة من حالات الدعوى المباشرة بالمعنى الدقيق لهذا التعبير وأن الصحيح هو أن هناك رابطة مباشرة أصيلة بين الموكل ونائب الوكيل لا مجرد دعوى مباشرة . لا شأن لهذه الرابطة المباشرة بفكــرة الدعــوى المباشرة بل هى نتيجة طبيعية لما يعترف به القانون من أن الوكــيل يستطيع — ما لم يمنع من ذلك صراحة — أن ينقل سلطته فى العمل لحســاب الموكل إلى شخص آخر . لا يعنى هذا الجواز إلا أن النائب يصير بــدوره وكيلا عن الموكل لأنه إذا كان النائب يتمتع بسلطة العمل لحساب الموكــل بحيث تترتب آثار تصرفاته فى ذمة الموكل مباشرة فمن الطبيعى أن تــربطه بــالموكل رابطة مباشرة فتكون له فى مواجهة الموكل حقوق الوكيل وعلــيه الــتزاماته. فللنائــب حقوق الوكيل ولذلك يستطيع أن يرجع على الموكــل مباشــرة مطالبا إياه بنفقات تنفيذ الوكالة أو بتعويض الضرر الذى أصابه من تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا إلى غير ذلك من حقوق الوكيل. وعلى النائــب التزامات الوكيل فيستطيع الموكل أن يطالبه مباشرة برد المبالغ التى قبضها لحسابه وبتقديم الحساب وبالتعويض عن أخطائه فى تنفيذ الوكالة التى لايســأل عــنها الوكــيل الأصلى .ولا النائب أمام الموكل باعتماد الوكيل للحساب المقدم منه ولا يستطيع النائب أن يدفع فى مواجهة الموكل بالدفوع التى تكون له قبل الوكيل (أكثم الخولى ص ٢٣٢ وما بعدها) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢١٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفـــاد المادتين ٧٠٨ ، ٧١٠ من القانون المدنى مرتبطتين أنـــه يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بما التزم بـــه نحو الوكيل الأصلى . ذلك سواء أكان الموكل قدر رخص للوكيل الأصـــلى بتوكـــيل غيره فى تنفيذ الوكالة أو لم يرخص له بذلك ويكون رجوع نائب الوكيل على الموكل شأنه فى ذلك شأن ما يرجع به الوكيل الأصـــلى على الموكل- من المطالبة بالمصروفات الضرورية المشروعة التى أنفقها من ماله الخاص والتى استلزمها تنفيذ الوكالة " .

(طعن رقم ٣٨٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١١/١٩)

موضـوع رقم (٢٧)

(الالتزام الثانى)
موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية وتقديم الحساب

٣٠٠ـ النص القانونى :

المادة (٧٠٥) مدنى :

" على الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حسابا عنها " .

(أ)
موافاة الوكيل الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة

٣٠١ ـ مضمون الالتزام :

تنص المادة ٧٠٥ مدنى فى صدرها على أن : " على الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة "[(١)]- فالتزام الوكـيل بأن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة ، هو التزام سابق على التزامه بتقديم حساب عن تنفيذ الوكالة ، والذى يفى به بعد تنفيذ الوكالة . وحكمة هذا الالتزام ، أن الوكالة قد تسـتغرق وقـتا طويـلا فلا ينبغى ترك الموكل وهو لا يعلم شيئا عن تصرفات الوكيل ، إلا بعد تنفيذ الوكالة وتقديم الحساب .

---

(١) كانت المادة — كما وردت فى المشروع التمهيدى بالمادة ٩٨٠ كالآتى : "على الوكـيل فى كل وقت أن يطلع الموكل على الحالة التى وصل إليها فى تنفيذ الوكالة " ، ولكنها عدلت فى لجنة المراجعة إلى وضعها الحالى .

ومقتضى هذا الالتزام أن يكون الوكيل على اتصال بالموكل أثناء تنفيذ الوكالة ، وأن يحيطه بالخطوات الهامة التى يتخذها فى سبيل تنفيذ الوكالة، دون أن يتوقف ذلك على طلب الموكل . وبذلك يتمكن الموكل من إبداء ملاحظاته على ما يقوم به الوكيل فيتسنى له توجيهه لما يراه أجدى فى تنفيذ الوكالة . فإذا كان الشخص موكلا فى بيع أو شراء أو إيجار أو استئجار أو فى قرض أو فى اقتراض، وجب عليه أن يخطر الموكل بالخطوات الهامة التى يقطعها فى سبيل إنجاز الصفقة حتى يكون الموكل على بينة من الأمر فلا يتصرف تصرفا يتعارض مع تصرف الوكيل ، كأن يشترى بنفسه أو يقترض ما كلف الوكيل بشرائه أو باقتراضه .

وإذا كان موكلا فى صلح ، وجب عليه أن يطلع الموكل على التضحية التى يزمع تقديمها للطرف الآخر، فقد يرى الموكل أن هذه التضحية كبيرة تجاوز مقصوده ، فيأمر الوكيل بعدم المضى فى الصلح .

(ب)
التزام الوكيل بتقديم حساب عن الوكالة

٣٠٢- مضمون الالتزام :

تنص المادة ٧٠٥ فى عجزها على أن : " وأن يقدم له حسابا عنها" .

وكان النص كما ورد بالمشروع التمهيدى يتضمن فى نهاية النص السابق عبارة " بعد انقضائها " إلا أن العبارة الأخيرة حذفت فى لجنة المراجعة[1]، باعتبارها ما مسألة لاتحتاج إلى نص . فتقديم كشف الحساب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٠٤ وما بعدها .

يجـــب أن يقدم بعد تنفيذ الوكالة ، لأنه يتضمن بيانا عن حساب الوكالة التي قام الوكيل بتنفيذها.

وقـــد يكـــون هذا الحساب دوريا إذا كان الوكيل يقوم بإدارة عمل بصفة مستمرة ،فيقدم حسابا سنويا أو نصف سنوى أوشهريا . وقد يقدم الحساب مرة واحدة إذا كان الوكيل مكلفا بعمل واحد وأنجزه [1].

ويجـــب أن يكون الحساب مفصلا تظهر فيه المبالغ التي قبضها الوكيل والمبالغ التي أنفقها أثناء تنفيذ الوكالة .

ويدرج الوكيل كل هذا فى حساب واحد لا يتجزأ مكون من أصول وخصوم ، والرصيد بعد استنـــزال الخصوم من الأصول ، هو الذى يجب الوفـــاء به للموكل كما هو الأمر فى الحساب الجارى . وتفنى ذاتية هذه المبالغ وهى مدرجة فى الحساب .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى أحكام المادتين ٥١٢ و٥٢٥من القانون المدنى القديم أن مـــا يبرمه الوكيل فى حدود الوكالة يضاف إلى الأصيل وأن الوكيل ملزم بأن يقدم لموكله حسابا شاملا وأن يوفى إليه صافى ما فى ذمته ، فإذا كان الثابـــت أن المـــورث إذ أبرم عقد البيع الابتدائى بالنسبة لحصة موكلته المطعـــون علـــيها الأولى الـــتزم فى هذا العقد بسداد الدين المضمون بحق الامتياز على تلك الحصة- وكان التزامه هذا مندرجا ضمن حدود وكالته بالبـــيع — فإن قيامه بسداد هذا الدين يضاف إلى موكلته وتنصرف إليها

---

(١) محيى الدين علم الدين ص ٢١٦ .

آثاره ، ومن ثم لا يكون فى حالة قبضه الثمن وسداده الدين الممتاز مدينا لموكلته بما قبض دائنا لها بما دفع وإنما يقتصر التزامه على أن يقدم لها حساب وكالته وأن يؤدى إليها ما تسفر عنه أعماله . وإذا كان دفاع الطاعنين قد قام أمام محكمة الاستئناف على هذا الأساس متمسكين بطلب استنزال ما سدده مورثهم عن المطعون عليها إلى الدائن من أصل ثمن الأطيان التى باعها بوكالته عنها والتى كانت محملة بهذا الدين، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع قولا منه إنه يقوم على الدفع بالمقاصة القانونية بين الدين المدعى الوفاء به والدين الذى تطالب به المطعون عليها فإنه يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٦٢٨ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦١/٢/١٦)

(أنظر أيضا طعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٤ منشور ببند ٣٠٦) .

ويجب على الوكيل عند إدراج مفردات الحساب مراعاة ما يأتى :

١- أن يتضمن الحساب المبالغ التى تسلمها الوكيل ولو كانت هذه المبالغ غير مستحقة للموكل ، لأن هذه المبالغ لم يتسلمها الوكيل لحسابه الخاص بل لحساب الموكل الذى ينوب عنه ، ولأن دعوى رد غير المستحق لاترفع عليه هو بل على الموكل نفسه [1].

وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٩٩٣من القانون المدنى الفرنسى بقولها : " يجب على الوكيل تقديم الحساب عن إدارة عمله وعن المبالغ التى يقبضها بمقتضى وكالته حتى ولو كان ما تسلمه غير مستحق للموكل".

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٤٠ – محمد على عرفه ص ٣٨٩ هامش (٢) .

٢- أن يقدم حسابا عن المبالغ التى أهمل تسلمها بسبب تقصيره.

٣- أن يقـــدم حسابا عن المبالغ التى حصل عليها بطريق غير مباشر. فالوكـــيل المكلف ببيع شئ معين ، ويبيعه بثمن أعلى ، ليس له أن يحتفظ بالفرق ، بل عليه أن يقدم الوكيل حسابا عن جميع ما حصله .

٤- أن يقدم حسابا عن المبالغ التى حصلها فى أثناء وكالته عن طريق غير مشروع [١].

غير أن الوكيل لا يلزم بإدراج المبالغ الآتية فى الحساب :

١- المبالغ التى قبضها نتيجة خطأ مادى فى الحساب، لأن هذه المبالغ وإن كانـــت قـــد قبضت بصدد تنفيذ الوكالة ، فإنه لايتعلق بـــها حق الموكل الذى لم يدخلها أصلا فى حسابه [٢].

٢- التعويض الذى يرى الوكيل أنه يستحقه عن ضرر أصابه ويتولى هو تقديـــره ، دون أن يوافـــق الموكل على ذلك أو دون أن يصدر له حكم قضائى بالتعويض [٣].

ويجـــب على الوكيل أن يؤيد الحساب المقدم منه بالمستندات ، فإذا ذكـــر أنه دفع أجرة شقة وجب عليه أن يقدم الإيصال الدال على ذلك وإذا قـــرر أنه أدى الأجرة المستحقة على نقل البضاعة كان عليه أن يرفق بالحساب سند الشحن أو إيصاله [٤].

---

(١) عابدين الجزئية فى ١٩٢٥/٢/٢٩ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٨٩ هامش (٢) ، ونقض فرنسى ١٩٠٠/٧/٢٤ الذى أشـــار إليه .

(٣) محيى الدين علم الدين ص ٢١٧ .

(٤) محيى الدين علم الدين ص ٢١٧ .

ولكـــنه لايجـــوز إلزام الوكيل بتقديم حساب عن مدة وكالته إلا إذا كانـــت المستندات والأوراق موجودة تحت يده ،فإذا كانت المستندات والأوراق فى يد الموكل وجب رفض طلبه الحساب لاستحالة تقديم الحساب فى مثل هذه الحالة [1].

٣٠٣ ـ إقرار الحساب :

إذا أقر الموكل الحساب الذى قدمه الوكيل عالما بتفصيلات الحساب، كـــان هذا الإقرار حجة على الموكل ، ولايجوزله الرجوع فيه أو طلب إعادة النظر فى الحساب ، أو طلب حساب جديد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لكى يؤخذ من وقع على كشف حساب بإقراره يجب أن يثبت أنــه كان عالما بتفصيلات الحساب ، فإذا كان التوقيع على ورقة مجملة ذكـــر بـــها أن رصيد الحساب السابق مبلغ معين فليس فى هذا ما يدل على أن الموقع كان ملما بالحسابات السابقة على إثبات الرصيد ".

(طعنان رقما ١٩٦ لسنة ٢٢، ٥٥ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٣/٢١)

٢- " جرى قضاء محكمة النقض على أنه متى كان المستحق فى الوقف قـــد اعـــتمد الحساب المقدم من الناظر ، وهو عالم بتفصيلاته من إيراد ومنصرف، ثم أقربالتخالص، فلا يجوزله إعادة النظر فى الحساب أو المطالبة بتقديم حساب جديد ويجب أخذه بإقراره " .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٠/٢٣)

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٤١ .

٣٠٤ـ حالة تعدد الوكلاء :

إذا تعدد الوكلاء فالأصل أن يقدموا حسابا واحدا موقعا عليه منهم ، ويكونون جميعا متضامنين فى التزامهم بتقديم الحساب .

غير أنه إذا كانت الوكالة مجزأة عليهم بأن اختص كل منهم بجانب من التصرف محل الوكالة ، فإن كل منهم يلتزم بتقديم حساب على انفراد.

٣٠٥ـ ميعاد تقديم الحساب :

خلا القانون من تحديد ميعاد لتقديم الحساب . ومع ذلك يجب تقديم الحساب بعد تنفيذ الوكالة فى أقرب وقت ممكن . فلا يتراخى الوكيل عن تقديم الحساب إلا بمقدار الوقت الذى يستغرقه فى إعداده ، وذلك حتى يتمكن الموكل من الوقوف على نتيجة تنفيذ الوكالة وتصفية موقفه مع الوكيل والغير .

وإذا تراخى الوكيل عن تقديم الحساب فى الوقت المناسب ، جاز للموكل إعذاره بتقديم الحساب ، وفى هذه الحالة ينقطع سريان فوائد المصروفات التى أنفقها الوكيل فى تنفيذ الوكالة .

وقد يتراخى طلب تقديم الحساب بسبب العلاقة التى تقوم بين الوكيل والموكل ، كالزوج والزوجة . فإذا كان الزوج مثلا وكيلا عن زوجته ، ثم توفى قبل تقديم الحساب كان للزوجة استيفاء ما يظهر فى ذمته من تركة ورثته [١].

وتسقط دعوى تقديم الحساب بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ تنفيذ الوكالة .

---

(١) السنهورى ص ٦٣٦ هامش (٢) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الدائـــن المرتـــهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن المدين الراهن فى اســتغلال إدارة العين المرهونة وقبض ريعها وأن عليه بــهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حسابا مفصلا عن ذلك ، ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما " .

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)

٣٠٦ ـ هل يجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على عدم تقديم الحساب ؟

قــد يتفق الموكل والوكيل على إعفاء الأخير من تقديم الحساب، وقد يكــون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا كأن يعطى الموكل الوكيل مخالصة يبرئ فيها ذمة الوكيل دون أن يطلب منه تقديم حساب .

وقد ذهب رأى إلى أن هذا الاتفاق لايعفى الوكيل من تقديم الحساب، لأن مــثل هذا الاتفاق ليس من مقتضاه إعفاؤه من هذا الالتزام مطلقا ، وإلا ترتــب على ذلك صيرورة التزام الوكيل بالتنفيذ غير جدى ، لأنه يصبح متوقفا على شرط إرادى محض من جانب المدين فيؤدى إلى إبطال عقد الوكالة [1].

غير أن الرأى الغالب ذهب إلى أن التزام الوكيل بتقديم حساب وكالته للموكل ليس من أركــان التوكيل ، وللموكل الذى هو صــاحب الحق إعفــاء الوكيل من ذلك والارتكان على ذمته ، سواء كان هذا الاتفاق صــريحا أو ضــمنيا [2]. فــلا تبطل الوكالة ، غير أنه يجب تحرى قصد

(١) محمد على عرفه ص ٣٨٩ –استئناف مصر فى يناير١٩٢٨، ٢٨مايو ١٩٢٩.

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٤١ – السنهورى ص ٦٤١ .

المتعاقدين من الشرط المعفى ليتبين ما إذاكان المقصود هوالاكتفاء بحساب إجمـالى أو تحقـيق هبة مستترة من الموكل إلى الوكيل أوسداد دين على الموكل أو الغير [١].

وبـهذا الرأى أخذت محكمة النقض إذ قضت بأن :

" الـنص فى المادة ٧٠٥ من القانون المدنى على أنه " على الوكيل أن يـوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها " يدل على أنه يجب على الوكيل عند انتهاء الوكالة أن يقدم للموكل حسـابا مفصلا شـاملا لجميع أعمال الوكالة مدعما بالمسـتندات حـتى يتمكن من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل ، وعليه أن يوفى إليه صافى ما فى ذمته ما لم يكن قد اتفق صراحة أو ضمنا على إعفاء الوكيل من تقديم الحساب أو تقضى الظروف بالإعفاء ويرجع فى ذلـك إلى الصـلة بين الموكل والوكيل وذلك إذا كانت هذه الصلة تقتضـى مـن الموكل رقابة يومية فعالة على أعمال الوكيل فإن الحساب يعتبر مقدما فعلا عن كل عمل بمجرد إنجازه وذلك بحكم هذه الصلة ".

(طعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٤)

٣٠٧ ـ التزام الورثة بتقديم الحساب :

قد يموت الوكيل قبل أن يقدم الحساب للموكل .

وفى هذه الحالة يتعين التفرقة بين فرضين.

---

(١) السـنهورى ص ٦٤١ – أكثـم الخـولى ص ٢٣٤ – محمد كامل مرسـى ص ٥٤١ – استئناف أهلى ١٩١٤/١٢/٨ .

الأول: أن يكون الوكيل قد مات مجهلا و لم يترك ما يمكن الاستدلال مـــنه على حساب الموكل ، وفى هذا الفرض لا يلزم ورثة الوكيل بتقديم الحساب ، لأنه ليس فى استطاعتهم الإلمام بأعمال مورثهم .

الثانى : أن يتبين أن فى استطاعة الورثة تقـــديـــم الحساب ، كـــأن يكـــون الوكيل قد مات غير مجهل لأموال موكله، فيلتزم الورثة فى هذا الفـــرض بـــتقديم الحساب، لأن ذلكهو الطريقة الوحيدة للتوصل لمعرفة الحساب[1].

وفى هذه الحالة يلتزم الورثة بأداء ما فى ذمة الوكيل للموكل من تركة المورث .

٣٠٨ ـ حـــالات إعفاء الوكيل من الحساب :

يعفى الوكيل من تقديم الحساب فى حالات ثلاث :

١- أن تكـــون طبـــيعة المعاملة تقضى بذلك . ومثال ذلك أن تكون الوكالة فى بيعشئ معين بثمن معين دون قبض ثمنه ، أو تكون الوكالة فى تصرف غير مالى كالوكالة فى الإقرار بدين أو الزواج أو الطلاق [2].

٢- أن تكون الظروف تقضى بذلك .

وهذا ما يرجع غالبا إلى الصلة بين الموكل والوكيل . فإذا كانت هذه الصـــلة تقتضى من الموكل رقابة يومية فعالة على أعمال الوكيل كما لو كـــان الوكيل مستخدما عند الموكل أو خادما أو وكيل أعمال أو محصلا

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٤٤ — استئناف مصر ٢٨ نوفمبر ١٩٣٤.

(٢) السنهورى ص٦٣٨- أكثم الخولى ص٢٣٤ -محيى الدين علم الدين ص٢١٧.

للإيجـــارات أو لحقـــوق أخرى ، فإن الحساب يعتبر مقدما فعلا عن كل عمل بمجرد إنجازه وذلك بحكم هذه الصلة [١].

وقـــد يستفاد ذلك من صلة الزوجية أو القرابة أو المصاهرة . فتعفى الـــزوجة مثلا من تقديم كشف حساب عن وكالتها فى الشئون المنـــزلية وكذلك إذا أدار الزوج مـــال زوجته أو أدارت الزوجـــة مالا لزوجها، فإن الثقة المتبادلة التى تقوم عادة بين الزوجين تعفى من تقديم الحساب ما لم يوجد شقاق بين الزوجين ويبين أن الثقة بينهما معدومة .

(راجـــع نقض طعـــن رقـــم ١٢٧٩ لسنـــة ٥٠ ق جـــلسة ١٩٨٤/٣/٤- المنشور ببند ٣٠٦) .

(١) السنهورى ص ٦٣٨ – محيى الدين علم الدين ص ٢١٧ .

موضوع رقم (٢٨)

(الالتزام الثالث)

(رد ما للموكل فى يد الوكيل)

٣٠٩ - مضمون الالتزام :

تنص المادة ١٩٩٣ من القانون المدنى الفرنسى على أن : على الوكيل أن يرد إلى الموكل كل ما يستحقه بمقتضى وكالته .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠على أن: " وعليه أن يردللموكل كلما كسبه لحساب تنفيذ الوكالة، حتى لو كان يعمل باسمه وعليه بوجه خاص، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل لحساب الموكل " .

وقد جاء عن هذا النص بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " ... وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه ، حتى لو كان الوكيل " اسما مستعارا" يعمل باسمه الشخصى . وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التى كسبها الوكيل لنفسه فى العقود التى أبرمها باسمه لحساب الموكل، فيجب أن ينزل له عنها " — إلا أن هذه الفقرة حذفت فى لجنة المراجعة [1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٠٤ وما بعدها .

والنص المذكور كان يتفق مع القواعد العامة ، ومن ثم فإن هذه القواعد تقضى بتطبيق حكمه .

وعلى ذلك يجب على الوكيل عند انتهاء وكالته أن يرد أموال الموكل إليه ، سواء كان قد تسلمها عند إبرام الوكالة أو أثناءها أو بمناسبتها . وسواء كان قد تسلمها من الموكل أو من الغير.

وعليه أن يرد للموكل كل هذه الأشياء ، ولو كان يعلم أو يعتقد أنها لا تخص الموكل ، إذ لا شأن له بذلك ، وغير مسئول عنه ، بل المسئول هو الموكل ، وليس الوكيل مكلفا بالتحقق من أن الوكيل يستحق هذا الشئ أو لا يستحقه (١).

فإذا كان الوكيل قد عمل باسمه الشخصى كاسم مستعار (مسخر) فاشترى المنزل الموكل فى شرائه باسمه ، فانتقلت إليه الملكية ، وجب عليه أن ينقل ملكية هذا المنزل للموكل .

وإذا تسلم الوكيل منقولات لحساب الموكل تعين عليه ردها إليه بذاتها ، فلا يجوز له الاكتفاء برد قيمتها .

وإذا تسلم عملة أجنبية لحساب الموكل ، وجب عليه تسليم هذه العملة بذاتها لا بتسليم ما تساويه مقدرا بالعملة المصرية ، إلا إذا قضت تشريعات النقد الأجنبي بذلك (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يلتزم الوكيل بتقديم حساب عن إدارة عمله ، وحساب المبالغ التى قبضها على ذمة موكله ، كما يلتزم بأن يرد ما فى يده من مال للموكل،

---

(١) محيى الدين علم الدين ص ٢١٨ .

(٢) السنهورى ص ٦٤٥ .

وهـــو رصـــيد الحساب ونتيجته طوال فترة الوكالة ، أى الإيراد الصافى المستحق للموكل فى فترة إدارة الوكيل " .

(طعن رقم ٣١٨ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٤/١١)

ويقع على عاتق الموكل عبء إثبات تسلم الوكيل الأشياء التى يطالب بـــها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٢١٤ من القانون المدنى تنص على أنه " على الدائن إثبات دينه وعلى المدين إثبات براءته من الدين " . فإذا أثبت أولهما دينه وجب على الآخر أن يثبت براءة ذمته منه ، لأن الأصل خلوص الذمة وانشغالها عارض ، ومن ثم كان الإثبات على من يدعى ما يخالف الثابت أصلا أو عرضا ، مدعيا كان أو مدعى عليه . فإذا رفع الموكل دعواه بندب خبير لتحقـــيق الحســـابات التى قيدها وكيله فى دفاتر الدائرة ، فهذه الدعوى لاتعـــدو أن تكون دعوى تحقيق حساب بين موكل ووكيله غايتها تعيين المبالغ التى قبضها الوكيل من أموال الموكل فانشغلت بـــها ذمته والمبالغ التى صرفها فى شئونه فبرئت منها ذمة الوكيل ، فهى تخضع ولا بد لقاعدة الإثـــبات العامة السابق ذكرها . فيتعين على الموكل وورثته إثبات قبض الوكيل للمال الذى يدعون أنه قبضه فإن فعلوا تعين على الوكيل وورثته أن يثبـــتوا صـــرف هذا المال فى شئون الموكل أو مصيره إليه فإذا كان الثابـــت بـــتقرير الخبير أنه اعتمد فى حصر المبالغ التى وصلت إلى الوكيل عـــلى الدفاتر التى كان هو يرصد فيها حساب وكالته ، فإن يكون على

ورثـــة الوكـــيل ، وقد أقام الموكل بما قيده الوكيل بالدفاتر الدليل على انشـــغال ذمة مورثهم بما ورد فيها من مبالغ ، أن يقيموا بدورهم الدليل على خلوص ذمته منها كلها أو بعضها. فإذا اعتمدت المحكمة على تقرير الخـــبير الـــذى آخذ مورثهم بعجزهم هم عن إثبات براءة ذمته من مبالغ ثبـــت وصولها إلى يده من الدفاتر التى قيدها بـــها ، فإنـــها لا تكون قد خالفت القانون " .

(طعن رقم ١٤٣ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/٣/٦)

ولكن إذا كان الوكيل مفوضا فى قبض شئ فى ذمة الغير للموكل كان مســئولا عنه حتى ولو لم يقبضه ، إلا إذا أثبت الوكيل أنه لم يتمكن من القبض بسبب قوة قاهرة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لايصح التمسك لدى محكمة النقض بعدم قبول الدعوى المرفوعة من ورثـــة الموكل على الوكيل بمطالبته بمبلغ معلوم قبضه بمقتضى سند معين بمقولـــة إنـــها لا يجوز رفعها مباشرة من غير أن تسبقها دعوى حساب، لأن هـــذا الدفع فضلا عن جدته لا وجه له مادام الوكيل المدعى عليه قد قصر فلم يدفع أمام محكمة الموضوع بوجوب تصفية الحساب وبأن نتيجته فى مصلحته ويقدم الدليل على ذلك " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٥/١٨)

فـــإذا لم يقم الوكيل برد ما فى بيده من أشياء للموكل أو استعمله ، كـــان مسئولا مدنيا قبل الموكل ، كما أنه يسأل عن جنائيا عن عدم رد هذه الأشياء كما سنرى .

٣١٠ ـ مسئولية الوكيل جنائيا :

تنص المادة ٣٤١ من قانون العقوبات على أن : " كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو أمتعة أو بضائع أو نقودا أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تمسك أو مخالصة أو غير ذلك إضرارا بمالكيها أو أصحابها أو واضعى اليد عليها ، وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن أو كانت سلمت له بصفة كونه وكيلا بأجرة أو مجانا بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره يحكم عليه بالحبس ويجوز أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى " وعلى ذلك يعاقب الوكيل بالعقوبة المنصوص عليها بالمادة إذا بدد الأشياء المذكورة بالمادة والمسلمة إليه على سبيل الوكالة إضرارا بمالكيها أو أصحابها[1] . وهذا يفيد ضرورة توافر الضرر ولذلك قيل بأنه لا جريمة إذا أنفق الوكيل المال الذى قبضه على ذمة الموكل ثم اتضح من عمل حساب بينهما أنه دائن للموكل لا مدينا له .

---

(١) والاستعمال الذى تعاقب عليه المادة يراد به استخدام شئ سلم لغرض معين فى غرض آخر غير المتفق عليه ، وقد اختلف فى أمر الاستعمال فيرى الفقه أنه إذا أريد به الاستعمال المقترن بنية التملك فلا جديد إذ لا يخرج فى هذه الحالة عن أن يكون اختلاسا وإذ أريد به الاستعمال المجرد عن نية التملك فلا يمكن أن يؤاخذ به الفاعل على خيانة الأمانة فهذه الجريمة كالسرقة والنصب لا يؤاخذ على الاختلاس فيها إلا إذا اصطحب بنية التملك وهو مما أكدته محكمة النقض فى الكثير من أحكامها (راجع المستشار مصطفى هرجه جرائم النصب وخيانة الأمانة والجرائم المرتبطة الطبعة السادسة ص ٨٧ وما بعدها) .

ولا يشترط أن يقع الضرر بالفعل أو أن يكون وقوعه محققا بل يكفى أن يكـــون هذا الضرر احتماليا ويكفى وقوع الضرر الذى يلحق بالمجنى علـــيه حـــتى ولـــو لم تعد على الجانى أية فائدة لاختلاسه للمال فإذا قام الوكـــيل بإحراق المال أو إتلافه فيكفى ذلك لتوافر الجريمة ولا عبرة بمدى الضرر أو بمقداره إذ يكفى وقوع أى قدر مهما كان ضئيلا للقول بتوافر ركن الضرر كما لا يشترط أن يكون الضرر ماديا إذ يكفى أن يكون هذا الضرر أدبيا كتبديد أوراق لها قيمة عند صاحبها [1].

٣١١ ـ سقوط الالتزام بالرد بالتقادم :

يســـقط الالتزام بالرد بالتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ انتهاء الوكالة . وتصفية الحساب بين الموكل والوكيل ، لأن الدين قبل ذلك احتمالى لا يلحقه السقوط [2].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن ديـــن الموكـــل قبل موكله لا تبدأ مدة تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما، إذ هذا الدين قبل ذلك احتمالى لا يـــلحقه السقوط . والدائن المرتـــهن رهن حيازة يعتبر قانونا وكيلا عن صـــاحب العين المرهونة فى إدارتـــها واستغلالها وقبض ريعها ، وعليه أن يقدم للراهن حسابا مفصلا عن ذلك . فمبدأ مدة تقادم دينه قبل الراهن هو بعينه المبدأ بالنسبة للوكيل مع الموكل " .

---

(١) المستشـــار مصطفى هـــرجه التعليق على قانون العقوبات المجلد الثانى ١٩٩٦ ص ٩٦٧ .

(٢) الدكـــتور قدرى الشهاوى أحكام عقد الوكالة فى التشريع المصرى والمقارن ٢٠٠١ ص ١٨٨ وما بعدها .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٧ق جلسة ١٩٣٨/٢/١٧)

٢- (أ)- " إذا كـــان الحكـــم الابتدائى الذى أيده الحكم الاستئنافى لأســبابه حين قضى بقبول الدفع بسقوط حق المدعى فى طلب حساب الوقـــف الذى كان يديره المدعى عليه بصفته وكيلا عنه قد أقام قضاءه بذلك على أساس ما أورده المدعى فى عريضة دعواه من أن توكيله المدعى علـــيه إنـــمـــا كـــان بسبب سفره إلى خارج القطر ، وما استخلصه استخلاصا سائغا من المستندات المقدمة إلى المحكمة من أن هذه الوكالة قد انقضـــت بعـــودة المدعى من الخارج ، وعلى أن دعوى الحساب إنـــما رفعـــت بعـــد انقضـــاء الوكالة بأكثر من خمس عشرة سنة هلالية، وأن الخطابـــات المقدمة من المدعى للاستدلال بـــها على أن المدعى عليه لم ينقطع عن مباشرة إدارة الوقف بصفته وكيلا لا يدل ما ورد بـــها على اســـتمرار الوكالة ، وذلك بعد أن أورد بعض عباراتـــها وفسرها تفسيرا تحـــتمله وينفى المعنى الذى يقول به المدعى ، ثم أيد هذا الحكم استئنافيا لأســـبابه ، فـــلا يعيب الحكم الاستئنافى أنه لم يورد مضامين خطابات جديـــدة قدمهـــا المدعى إلى محكمة الاستئناف وقالت هذه المحكمة عنها إنـــها لم تر فيها ما يفيد استمرار الوكالة " .

(ب)- " إذا قررت المحكمة أن قيام النـــزاع بين الموكل والوكيل على عنصـــر من عناصر الحساب بينهما لا يعتبر عائقا يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقف مدة تقادم دعوى طلبه ، واستدلت على ذلك بأن الوكيل ســـبق له تقديم الحساب فى قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النـــزاع ، فلا يكون حكمها مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٠/٢١)

٣- " لايسرى التقادم الخمسى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٥ من القانون المدنى إلا بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة ومن ثم فلا يسرى هذا التقادم على المبالغ التى يقبضها الوكيل لحساب موكله ويمتنع عن أدائها له، ولو كانت هذه المبالغ عبارة عن ريع عقار للموكل وكل الوكيل فى تحصيله وإنما يتقادم حق الموكل فى مطالبة الوكيل بهذه المبالغ بخمس عشرة سنة ولايسرى التقادم بالنسبة لهذا الحق مادامت الوكالة قائمة و لم يصف الحساب بينهما " .

(طعن رقم ١٩٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠)

وسقوط الالتزام بالرد بالتقادم ، لايمنع الموكل من رفع دعوى الاستحقاق التى يستطيع بمقتضاها وبوصفه مالكا أن يطالب الوكيل برد أمواله إليه. وهذه الدعوى لاتسقط بالتقادم إطلاقا ، ولكنها يمكن أن تصطدم بعقبة أخرى ، هى اكتساب الوكيل لهذه الأموال بالتقادم المكسب ، وذلك إذا بدل حيازته العارضة وحولها إلىحيازة قانونية وجابه الموكل بادعاء الملكية وسكت الموكل مدة التقادم المكسب فإن دعوى الاستحقاق تصير عقيمة ولا تسعف المالك فى استرداد ماله [١].

٣١٢ ـ سقوط التزام المحامى برد الأوراق والمستندات والحقوق المترتبة على عقد الوكالة :

تنص المادة ٩١ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن يسقط حق الموكل فى مطالبة محاميه برد الأوراق والمستندات والحقوق

---

(١) محيى الدين علم الدين ص ٢١٩ .

المترتــبة على عقد الوكالة بمضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء وكالته ، وتنقطع هذه المدة بالمطالبة بــها بكتاب موصى عليه .

وقد جاء هذا النص استثناء من القواعد العامة .

فوائد المبالغ المستحقة على الوكيل :

٣١٣ ـ النص القانونى :

(المادة (٧٠٦) مدنى :

" ١- ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه .

٢- وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعلــيه أيضا فــوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر".

استحقاق الفوائد على الموكل فى حالتين :

٣١٤ — الحالة الأولى : استعمال الوكيل مال الموكل لصالح نفسه :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٧٠٦ مدنى تنص على أنه ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه .

فــإذا قام الوكيل باستعمال مال الموكل لصالح نفسه ، استحق الموكل قــبله فوائــد قانونية على المال الذى استعمله لصالحه من يوم استعماله له دون حاجــة إلى إعذار . ويعتبر هذا استثناء من القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ٢٢٦ مدنى والتى تقضى باستحقاق الفوائد من وقت المطالبة القضائية .

ويقع على عاتق الموكل الذى يدعى أن الوكيل قد استعمل بعض المبالغ التى حصلها لمنفعة نفسه عبء إثبات واقعة الاستعمال وتاريخه الذى يطالب باتخاذه موعدا لبدء سريان الفوائد المستحقة عن هذه المبالغ. وللموكل إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن إذ لم يكن فى وسعه الحصول على كتابة مثبتة للدين [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " نصت المادة ٥٢٦ من القانون المدنى الملغى على أن " الوكيل ملزم بفوائد المبالغ المقبوضة من يوم استعماله لها لمنفعة نفسه " . مؤدى ذلك أن استغلال الوكيل لأموال موكله أمر لا يفترض بل يجب توافر الدليل عليه وعلى تاريخ حصوله ومن ثم فإذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه لايعدو أن يكون عرضا لصدور مماطلة الوكيل فى الوفاء ولا يحمل الدليل على ما انتهى عليه من ثبوت استغلال الوكيل لما حصله من أموال الموكل، فإنه يكون قاصر البيان " .

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٦/٢٢)

٢- " الحكم على الوكيل – طبقا للمادة ٧٠٦ من القانون المدنى القائم و ٥٢٦ من القانون الملغى- بفوائد المبالغ التى استخدمها من وقت استخدامها يقتضى ثبوت أن هذه المبالغ كانت فى يد الوكيل وأنه استخدمها لصالح نفسه وإثبات الوقت الذى استخدمها فيه حتى يكون هذا الوقت بدءا لسريان الفوائد " .

(طعن رقم ٣٩٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١)

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٩١ .

أمـــا إذا أثبت الموكل واقعة الاستعمال و لم يثبت تاريخه سرت الفوائد من وقت انتهاء الوكيل من أعمال الوكالة [١].

ويعتبر من القرائن القوية على الاستعمال الشخصى أن يذكر الوكيل فى بند المصروفات مبالغ لم يقم الدليل على صرفها فعلا، أو أن يضمن بند الإيرادات مبالغ لم يؤدها للموكل عند تصفية الحساب ، أو أن يغفل ذكر بعض المبالغ التى قام الدليل على قبضه إياها ، إذ فى تصرف الوكيل على هذا النحو ما يدفع إلى الشك فى أنه استعمل هذه المبالغ فى بعض شأنه[٢].

٣١٥ – الحـالـة الثانـية : فــوائد ما تبقى فى ذمـة الوكيل من حساب الوكالة :

يســـتحق الموكل قبل الوكيل فوائد المبالغ المتبقية فى ذمته من حساب الوكالة ، والتى لم يقم بأدائـــها له بعد تصفية الحساب .

وتستحق الفوائد من وقت إعذار الوكيل بالرد .

ويكفى الإعذار بالرد ولو لم تذكر فيه الفوائد [٣].

ويكون الإعذار بإنذار على يد محضر أو ما يقوم مقام الإنذار .

ويقـــوم مقام الإنذار رفع الموكل دعوى على الوكيل بتقديم الحساب مع دفع الرصيد المتبقى فى ذمة الوكيل ولو لم يكن معلوما . إنما لايعتبر من قبيل الإعذار مجرد المطالبة بتقديم حساب إذا لم تتضمن المطالبة بالرصيد .

---

(١) السنهورى ص ٦٥٣ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٩١ .

(٣) الســـنهورى ص ٦٥٠- وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٣٩٠ هامش (٥) فيرى أنه لا يعتبر من قبيل الإعذار مجرد المطالبه بتقديم حساب إذا لم تتضمن المطالبة بفوائد المبالغ المستحقة طرف الوكيل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الإعذار هو وضع المدين موضع المتأخر فى تنفيذ التزامه . والأصل فى الإعـــذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالالتزام (م ٢١٩ مدنى) . ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه على أن تعلن هذه الورقة إلى المديـــن بناء على طلب الدائن وإذا كان قرار محكمة الأحوال الشخصية بإلزام الوصى بإيداع المتبقى فى ذمته للقاصر فى الميعاد المحدد بـــهذا القرار، لايعـــدو أن يكـــون – على ما يستفاد من نص المادة ١٠١٤ مـــن قانون المـــرافعات – أمر بإلزام الوصى بالأداء مقررا حق القاصر فى ذمته وقاطعا للنـــزاع بشأنه فيما بين الوصى والقاصر ومنشئا لسند رسمى قابل للتنفيذ الجـــبرى عـــلى الوصى المحكوم عليه ، فإن القرار بـــهذه المثابة لايتضمن إعـــذارا للوصـــى بالمعنى المقصود بالإعذار الذى تجرى من تاريخه الفوائد طـــبقا للمادة ٢/٧٠٦ من القانون المدنى ذلك لأنه لم يوجه من الدائن أو نائبه و لم يعلن إلى المدين كما أنه مهما كان لمحكمة الأحوال الشخصية من ســـلطة الإشراف على أموال القاصر فإنه ليس من وظيفتها اتخاذ مثل هذا الإجراء نيابة عنه " .

(طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢٨)

٣١٥ـ مكررا ـ سعر الفائدة المستحقة فى الحالتين السابقتين :

الفـــائدة القانونـــية المستحقة على الوكيل فى الحالتين السابقتين هى الفائـــدة القانونية المنصوص عليها بالمادة ٢٢٦ من القانون المدنى ، وهى ٤% فى المسائل المدنية ، ٥% فى المسائل التجارية . غير أنه يجوز الاتفاق على فائدة أعلى أو فائدة أقل.

ويجـــوز الاتفاق على سريان الفوائد من وقت انتهاء الوكالة فى الحالة الثانية وتعيين الرصيد المتبقى دون حاجة إلى الإعذار .

ويجوز للموكل أن يتقاضى تعويضا أكبر من الفائدة القانونية إذا ثبت أن تأخـــر الوكيل بالوفاء بالدين كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضـــرر استثنائى بالدائن وذلك وفقا للمادة ٢٣١ من القانون المدنى التى جاءت تطبيقا للقواعد العامة [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تـــأخير المدين فى الوفاء بالدين لايستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونـــية مـــا لم يثبت أن هذا التأجير كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحـــاق ضرر استثنائى بالدائن وذلك وفقا للمادة ٢٣١ من القانون المدنى الـــتى جـــاءت تطبيقا للقواعد العامة وتقنينا لما جرى عليه القضاء فى ظل القـــانون الملغى . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ألزم الطاعنة بالدين على أساس سعر الدولار يوم الاستحقاق وبالفرق بين السعر يوم الاستحقاق والسعر يوم صدور الحكم الابتدائى علاوة على فوائد التأخير بمثابة تعويض عن التأخير فى الوفاء دون أن يستظهر سوء نية الطاعن فإنه يكون مشوبا بالقصور " .

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٦/٢٢)

٣١٦ ـ رد الأوراق والمستندات الخاصة بالموكل :

يلـــتزم الوكيل برد كافة الأوراق والمستندات الخاصة بالموكل، سواء كـــان الموكل هو الذى سلمهاله لتنفيذ الوكالة ، أو تسلمها الوكيل من الغير بمناسبة تنفيذ الوكالة .

---

(١) السنهورى ص ٦٥١ هامش (٣).

وللموكل حبس هذه الأوراق والمستندات حتى يستوفى حقه .

غير أن سند الوكالة الذى سلمه الموكل للوكيل يجب رده دائما إلى الموكل ولا يرد عليه حق الحبس ، لأن استرداد السند من الوكيل يمنع الغير من التعامل مع الوكيل بعد انتهاء الوكالة وإلا كانوا سيئ النية ، كما أن بقاء السند فى يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة يكون من شأنه أن يغرر بالغير فيتعاملون مع الوكيل .

وكانت المادة ٩٩٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه : " ١- على الوكيل ، إذا كان قد حصل على سند يثبت الوكالة ، أن يرد السند للموكل عند انتهاء الوكالة ، ولا يجوز له الاحتفاظ به ضمانا لحقوقه قبل الموكل " ، إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة ، وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى : " ولما كان سند الوكالة فى يد الوكيل لأنه مطالب بإثبات وكالته للغير كما تقدم ، فيجب عليه أن يرده إليه أو إلى ورثته عند انتهاء الوكالة . ولايجوز للوكيل أن يحبس السند استيفاء لحقوقه . واسترداد السند من الوكيل فى الوقت المناسب يمنع الغير من التعامل مع الوكيل بعد انتهاء الوكالة وإلا كانوا سيئ النية . كما أن بقاء السند فى يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة يكون من شأنه أن يغرر بالغير فيتعاملون مع الوكيل، وقد تقدم أن للغير فى هذه الحالة أن يتمسكوا بالوكالة . ولهم فى كل الأحوال أن يرجعوا بالتعويض عما يصيبهم من ضرر على كل من الموكل والوكيل . وإذا تلكأ الوكيل فى رد سند الوكالة ألزم بذلك ، وكان مسئولا عن التعويض . وللموكل أن يشهر انتهاء الوكالة بالطريقة المناسبة " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٣٨ .

٣١٧ ـ أحكام واردة فى قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ خاصة بالتزام المحامى برد الأوراق والمستندات :

١- على المحامى عند انتهاء توكيله لأى سبب من الأسباب أن يرد إلى الموكل جميع ما سلمه إليه من أوراق أو مستندات ما لم يكن قد تم إيداعها فى الدعوى وأن يوافيه بصور المذكرات والإعلانات التى تلقاها باسمه (م١/٨٩) .

٢- لا يلتزم المحامى بأن يسلم موكله مسودات الأوراق التى حررها فى الدعوى أو العمل الذى قام به ولا الكتب الواردة إليه . ومع ذلك يجب على المحامى أن يعطى موكله صورا من هذه الأوراق بناء على طلب الموكل وعلى نفقته (م ٢/٨٩) .

٣- عند وجود اتفاق كتابى على الأتعاب يحق للمحامى حبس الأوراق والمستندات المتعلقة بموكله أوحبس المبالغ المحصلة لحسابه بما يعادل مطلوبه من الأتعاب التى لم يتم سدادها له وفق الاتفاق .

وإذا لم يكن هناك اتفاق كتابى على الأتعاب ، كان للمحامى أن يستخرج صورا من هذه الأوراق والمستندات التى تصلح سنداله فى المطالبة ، وذلك على نفقة موكله . ويلتزم برد الصور الأصلية لهذه الأوراق متى استوفى من موكله مصروفات استخراجها .

وفى جميع الأحوال يجب أن يراعى ألا يترتب على حبس الأوراق والمستندات تفويت أى ميعاد لاتخاذ إجراء قانونى يترتب على عدم مراعاته سقوط الحق فيه (م ٩٠) .

٣١٨ ـ إبراء ذمة الوكيل :

تبرأ ذمة الوكيل من التزاماته قبل الموكل ، إذا حصل منه على مخالصة تفـيد براءة ذمته . ولا يكفى لذلك مصادقة الموكل على الحساب المقدم منه من الوكيل . فمجرد المصادقة على الحساب لاتسقط حق الموكل فى طلـب تقـديم سائر الأوراق والمستندات الخاصة بالوكالة تمهيدا لإثبات صحة الحساب أو خطئه (١).

وإذا اقتصـر الموكل على إقرار أعمال الوكيل ووقف عند هذا الحد، فيغلـب أن يكون المقصود من ذلك أن يقر الموكل تصرفات الوكيل مع الغير فتكون نافذة فى حقه ، دون أن يكون فى ذلك إبراء لذمة الوكيل من مسئوليته قبل الموكل وذلك ما لم يستخلص من الظروف أن هذا الإقرار يتضمن أيضا إبراء ذمة الوكيل (٢).

والمخالصة بإبراء ذمة الوكيل لا تبرئ ذمة الوكيل — حسب الأصل- إذا اكتشف الموكل فيما بعد وجود خطأ أو تقصير من الوكيل ، فيكون له حق الرجوع عليه .إلا إذا تبين بجلاء من المخالصة أنه قصد بـها إبراء ذمة الوكيل من مسئوليته من جميع أعمال الوكالة .

ولاتعـد المخالصة دليلا على براءة الذمة يمنع من المجادلة فى مسئولية الوكيل، إذا تبين أن الوكيل حصل عليها بطريق الغش بإخفاء مستندات أو معلومات عن الموكل .

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٩٢ .

(٢) السنهورى ص ٦٥٧ ونقض فرنسى ٩ مايو ١٨٥٣ الذى أشار إليه .

وقد يحدث أن يمتنع الموكل عن إعطاء الوكيل مخالصة بإبراء ذمته، رغم تخالصه معه عن كافة التزاماته الناشئة عن الوكالة ، فلا يكون أمام الوكيل مـــن سبيل سوى رفع دعوى ببراءة ذمته من أعمال الوكالة أمام المحكمة المختصة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مـــن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المخالصة المبهمة التى يبين فيها الإيراد والمنصرف وتفصيلات الحساب أو التى لم ينص فيها صراحة على إبـــراء الموكـــل لذمـــة وكيله عن فترة وكالته دون أن يطلب منه تقديم حســـاب لاتمنع الموكل من مطـــالبة وكيله بالحســـاب المفصل المدعـــم بالمستندات " .

(طعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٤)

(التزامات الموكل)

موضـــوع رقم (٢٩)

(الالتزام بدفع الأجر)

٣١٩ – النص القانونى :

المادة (٧٠٩) :

" ١- الوكالـــة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل.

٢- فـــإذا اتفـــق عـــلى أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى ، إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة " .

٣٢٠ ـ الأصل أن الوكالة بدون أجر :

تـــنص الفقـــرة الأولى من المادة ٧٠٩ مدنى فى فقرتـــها الأولى على أن الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل " – وواضح من هذا النص أن الأصل فى الوكالة أنـــها غير مـــأجورة ، فـــلا يتقاضى الوكيل أجرا عن عمله . ولعل ذلك يرجع إلى أســـباب تاريخية تعزى إلى القانون الرومانى ، إذ كانت بعض المهن الحرة وبخاصة مهنة المحامى والطبيب من المكانـــة الرفيعة فى نظر الرومان بحيث تتعالى عن الأجر . غير أن الأمر تطور إلى عكس ذلك مع تغير الظروف الاقتصادية واعتماد أصحاب المهن والحرف على ما يحصلون عليه من أجر مـــن وكالـــتهم عن الغير ، فأصبح الأصل فى التطبيق العملى أن الوكالة بأجر.

٣٢١ ـ الوكالة المأجورة :

يبين من نص الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩ مدنى أنه يجوز للموكل والوكيل الاتفاق على أن تكون الوكالة بأجر ، يتقاضاه الوكيل عن عمله. وقد يكون الاتفاق صريحا . كما يجوز أن يكون الاتفاق ضمنيا ، وقد أشارت إلى ذلك الفقرة الأولى من المادة بقولها : " أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل " .

فيجوز أن يستخلص الاتفاق الضمنى على أجر الوكيل ، من حالة الوكيل ، كأن تكون الأعمال التى يقوم بها هى من أعمال حرفته، كالمحامى والسمسار وأمين التفليسة وغيرهم [١].

كما قد يستفاد الاتفاق على الأجر الضمنى من الظروف فتكون الوكالة مأجورة دائما إذا كان موضوعها عملا تجاريا ، لأن اشتراط المقابل من مستلزمات التجارة [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والأصل أن تكون الوكالة بغير أجر ، إلا إذا اتفق صراحة على الأجر أو استخلص هذا الاتفاق من حالة الوكيل كأن تكون الأعمال التى يقوم بها هى من أعمال حرفته ، كما هو الأمر بالنسبة للمحامى .... إلخ "[٣] .

---

(١) أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى القضية رقم ٢٣ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٤/٢/١٢ المنشور فى هامش بند ٣٢٩) .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٩٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٢٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصـــل فى الوكالة أنـــها تكون بغير مقابل ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أوشرط ضمنى يتضح من حالة الوكيل . فإذا استندت المحكمة فى أن ناظر الوقف كان يعمل بغير أجر إلى إقراراته المتكررة فإنـــها لا تكون قد خالفت القانون . ولايقبل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يـــثرى الوقف على حساب جهوده فإن دعوى الإثراء على حساب الغير لايكـــون لهـــا محل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين المتخاصمين ، وهى ليست حالته " .

(طعنان رقما ١٢٤لسنة ١٣ق ، ١٩ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٦/١٤)

٢- " إذ تقضى المادة ١/٧٠٩ من القانون المدنى بأن الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل، فإن اشتغال المطعون عليه بالمحاماة وقت قيامه بالأعمال التى وكل فيها لحساب الطـــاعن يكفى فى ذاته لاعتبار وكالته عن الطاعن مأجورة وذلك على أساس أن هذه هى مهنته التى يحترفها ويتكسب منها " .

(طعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/١٥)

٣- " السمسار هو- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — وكيل يكلفـــه أحد العاقدين التوسط لدى العاقد الآخر لإتمام صفقة بينهما بأجر يســـتحق له بمقتضى اتفاق صريح أو اتفاق ضمنى يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وساطته بإبرام عقد الصفقة على يديه " .

(طعن رقم ٥٣٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/٧)

ويــترك لقاضى الموضــــوع تقديرمـــا إذا كانت الوكالةتبرعية أمام مـــأجـــورة ، مســـتعينا فى ذلك بعبـــارات التوكيل وظـــروف الدعوى وملابساتـــها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تحديد ما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة هو — وعلى ما جـــرى بــــه قضاء هذه المحكمة — من مسائل الواقع التى تبت فيها محكمة الموضـــوع بمـــا لهـــا من سلطة فى التعرف على حقيقة ما أراده المتعاقدان مستعينة فى ذلك بعبارات التوكيل وظروف الدعوى وملابساتـــها دون مـــا رقابـــة لمحكمـــة النقض عليها فى ذلك طالماكان استخلاصها سائغا ومستمدا من وقائع ثابتة لها أصلها الثابت فى الأوراق " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١)

والغالب أن يكون أجر الوكيل نقودا ، ولكن لا يوجد ما يحول دون أن يكـــون الأجر عينيا ، كأن يكون حصة من العين التى يشتريها الوكيل بمقتضى الوكالة .

غـــير أنه يستثنى من ذلك أتعاب المحامى عملا بالمادة ٤/٨٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ .

٣٢٢ ـ شروط استحقاق الوكيل الأجر :

إذا اتفق الطرفان على شروط استحقاق الوكيل الأجر طبق اتفاقهما، كـــأن يتفقا على ألا يستحق الوكيل الأجر إلا إذا حقق النتيجة المقصودة مـــن الوكالة ، فيكون التزام الوكيل عندئذ التزاما بتحقيق غاية ، ويحدث ذلـــك عادة فى توكيل السماسرة والوسطاء والطوافين والممثلين التجاريين

ومـــندوبى التأمين ، كما يحدث مع المحامى فيتفق معه على عدم استحقاق الأتعاب كلها أو المؤخر منها إلا إذا كسب الدعوى [١].

إمـــا إذا لم يوجـــد اتفاق فإن الوكيل يستحق أجره ولو لم ينجح فى مهمته ، لأن التزامه يكون التزاما ببذل عناية ، فيتقاضى أجره عن الجهد الذى بذله .

ولا يستحق الوكيل أجره إلا إذا كان قد نفذ الوكالة تنفيذا كاملا . فإذا لم يقم بالتنفيذ أصلاسقط حقه فى المطالبة بأجره ، ولوكان عدم التنفيذ متسببا عن قوة قاهرة أو حادث فجائى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " لا يســـتحق السمسار أجره إلا عند نجاح وساطته بإبرام الصفقة فعلا على يديه ، ولا يكفى لاستحقاقه هذا الأجر مجرد إفادته كل مـــن الطرفين بقبول الآخر . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الصفقة لم تتم بين المطعون عليه والبائع فى الفترة التى حددها المطعون عليه فى تفويضـــه بالشراء للطاعنين (السمسار) ورتب الحكم على ذلك عدم استحقاقهما للأجر المتفق عليه ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(ب)- "عدم استحقاق السمسار لأجره إذا لم تتم الصفقة على يديه . لا يحول دون حقه فى الرجوع بالتعويض على من وسطه إذا تسبب بخطئه فى عدم إبرام الصفقة " .

(طعن رقم ٢١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٤)

---

(١) السنهورى ص ٦٦٧ وما بعدها .

غير أنه يجوز للوكيل أن يطالب ببعض أجره إذا كان قد نفذ الوكالة تنفيذا جزئيا ، ثم حال بينه وبين عدم إتمام تنفيذها قوة قاهرة أو حادث فجائى . ويترك تقدير المستحق له لقاضى الموضوع .

كما يكون للوكيل أن يطالب بأجره كاملا إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى فعل الموكل ، إذ لايسوغ أن يتسبب الموكل بخطئه فى حرمان الوكيل من الفائدة التى كان يرجوها من تنفيذ الوكالة .بل إن الموكل يصبح مسئولا عن تعويض الوكيل فى هذه الحالة عما فاته من الكسب ، وهو ما يتحقق بالحكم لصالحه بتقاضى الأتعاب المقررة له بمقتضى العقد [١].

غير أنه إذا استحق الأجر للوكيل بتمام تنفيذ عمله ، فلا ينال من ذلك إبطال العقد الذى أبرمه أو فسخه فيما بعد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" السمسار هو وكيل يكلفه أحد المتعاقدين التوسط لدى العاقد الآخر لإتمام صفقة بينهما بأجر يستحقه بمقتضى اتفاق صريح أو اتفاق ضمنى يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وساطته بإبرام عقد الصفقة على يديه. وليس يمنع هذا الأجر الذى استحقه بتمام العقد أن يفسخ العقد فيما بعد".

(طعن رقم ٤ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١٢/٢٧)

٣٢٣ ـ حالة عدم الاتفاق على مقدار الأجر :

إذا اتفق الطرفان صراحة على أن الوكالة تكون بأجر ولكنهما لم يتفقا على مقدار الأجر ، أو كان الاتفاق على الأجر ضمنيا مستخلصا من مهنة

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٩٨ .

الوكـــيل أو مــــن ظروف أخرى . ثم ثار خلاف بين الطرفين على مقدار الأجــر، فــإن القاضى يتولى تقديره [١]. ويدخل القاضى فى اعتباره عند تقدير الأجر أهمية العمل وما يقتضيه من جهد وما جرى به العرف .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" السمســـار وكيل فى عقد الصفقات ، وطبقا للقواعد المتبعة فى عقد الوكالة ، يتولى قاضى الموضوع تقدير أجر الوكيل فى حـــالة عدم الاتفاق مســتعينا فى ذلـــك بأهمية العمل وما يقتضيه من جهد يبذله الوكيل وبما جــرى علـــيه العرف فى هذه الحالة . ولما كان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية قـــدرت للمطعون عليه الأول أجرا عن وساطته بنسبة ٢ر٥% من قيمة الصـــفقة وأبانـــت فى حكمها أن هذا التقدير يتفق مع ما بذله من مجهود وأهمـــية الصفقة التى تمت ببيع الفيلا إلى السفارة السوفيتية ، كما أنه يتفق مع العرف فى هذا الشأن لما كان ذلك فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٥٣٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/٧) [٢]

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٢٢ .

(٢) **كما قضت محكمة النقض بأن :**

" إنه وإن جرى عرف بعض المحاكم بتقدير أتعاب المحاماة التى يستحقها المحامى قـــبل موكله إذا لم يكن قد اتفق معه على أتعابه، فإن محكمة النقض لاتستطيع، بحكم ترتيبها وانحصار اختصاصها فى تقويم المعوج من الأحكام المخالفة للقانون أو المخطـــئة فى تطبـــيقه أو فى تأويلـــه ، أن تتبع هذا العرف الخاص المخالف للقانون، فتمد اختصاصها إلى خصومة جديدة موضوعية صرفه بين المحامى =

٣٢٤ – تعديل القاضى للأجر :

تـــنص الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مدنى فى صدرها على أن: " فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى " .

فلئن كان الأصل المقرر فى المادة ١٤٧ مدنى أن العقد شريعة المتعاقدين، بحيـــث إذا اتفـــق المتعاقدان على أجر معين لمن يقوم بالخدمة سواء كان مقـــاولا أو محاســـبا أو عاملا ، فإنه لا يجوز تعديل هذا الأجر بالزيادة أو النقصـــان ، إلا أن الـــنص المذكور أتى استثناء من هذه القواعد العامة ، وأجـــاز للقاضى إذا اتفق بين الموكل والوكيل قبل تنفيذ الوكالة على أجر للوكـــيل أن يعـــدل هذا الأجر ، إذ نصت على أن يكون الأجر خاضعا لـــتقديره " ، وإذ وردت عبـــارة النص مطلقة فإنه يكون للقاضى زيادة الأجـــر أو تخفيضه وقدجاء بمذكرة المشرع التمهيدى أنه.: " أما فى الحالة الأولى ، إذا كان هناك اتفاق صريح على الأجر ، فإن هذا الاتفاق يخضع لتقدير القاضى ، يخفض الأجر أو يزيده تبعا لما يتبينه من الظروف ، إذ أن الطـــرفين قد يخطئان فى تقدير قيمة العمل قبل تنفيذه فللقاضى أن يصلح هـــذا الخطأ . وهذا الخطأ ، وإن كـــان مخالفا للقواعد العامة فى العقود ، هو من الأحكام التقليدية فى الوكالة نقله التقنين المصرى الحالى من القضاء الفرنسى ونقله المشروع من التقنين الحالى "[١].

= الـــذى حضـــر أمامها وموكله فتضطلع بـــها فحصا وتحقيقا على ما تسير محكمة الموضوع المختصة، إذ ليس هذا من قبيل ما عهد به إليها " .

(طعن رقم ٦٧ لسنة ٢ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٢٢ .

قد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المادة ٥١٤ من القانون المدنى[1] قد أتت بنص مطلق من أى قيد شامل بحكم عمومه لطرفى الاتفاق كليهما ولكل تعديل فى الأجر المتفق عليه سواء بالحط منه أو برفعه . فهى تحمى الموكل من الأجر الباهظ كما تحمى الوكيل من الأجر الواكس وليس يحد من عموم هذه المادة ما جاء بالمادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ التى لا تجعل مجلس النقابة مختصا بتقدير الأتعاب إلا فى حالة عدم الاتفاق عليها، فإن محل تطبيق المادة ٤٤ هذه أن تكون الأتعاب غير متفق عليها ، أما المادة ٥١٤ فمحلها الاتفاق على الأتعاب . ومتى كان مجال تطبيق كل من المادتين مختلفا فلا يستقيم القول بأن أولاهما تخصص من عموم الثانية " .

(طعن رقم ٥٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/٢٢)

٢- " نص الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩من القانون المدنى هونص مطلق شامل لكل تعديل فى أجر الوكالة المتفق عليه سواء بالحط منه أو برفعه ، وإذ كان تقدير هذا الأجر مما يستقل به قاضى الموضوع، وكانت محكمة الاستئناف عند تعديلها تقدير محكمة أول درجة للأجر الذى يستحقه الطاعن قد أقامت قضاءها فى ذلك على اعتبارات سائغة ، فإن إغفالها الإشارة إلى الأدلة والحجج التى ساقها الطاعن فى هذا الخصوص والتى لايترتب عليها تغير وجه الرأى فى التقدير لايعتبر قصورا مبطلا للحكم المطعون فيه ".

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥)

---

(١) تقابلها فى القانون الجديد الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ .

٣- " نص المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٧ المنطبق علـــى واقعـــة الدعوى ، مفاده أن أتعاب المحامى المتفق عليها والتى تدفع طوعـــا قبل تنفيذ الوكالة تخضع لتقدير القاضى طبقا لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٩٠٧ من القانون المدنى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اقتصر فى رفـــض طلـــب الطاعـــنة استرداد المبلغ على أنه مقدم أتعاب دون أن يستظهر ما إذا كانت هناك ظروف أثرت فى الموكل (الطاعنة) تأثيرا حمله علـــى أداء مقابل يزيد كثيرا عما يقتضيه الحال فيخضعه لتقديره وفقا لما يستصوبه مراعيا الأعمال التى قام بـــها الوكيل (مورث المطعون ضدهم) والجهد الذى بذله وأهميته وثروة الموكل ، ولكنه أغفل ذلك وحجبه عنه تطبـــيقه حكم المادة ١٢٠ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ خطأ على واقعة الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١)

٤- " أتعاب المحاماة المتفق عليها أو التى تدفع طوعاقبل تنفيذ الوكالة- وعلىماجرى به قضاء هذه المحكمة _ تعد أجر وكيل يخضع لتقدير قاضى الموضوع طبقا لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩من القانون المدنى".

(طعن رقم ١٥٠٧ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٥)

٥- " إن أتعـــاب المحامـــاة المتفق عليها أو التى تدفع طوعا قبل تنفيذ الوكالة — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — تعد أجر وكيل يخضع لتقدير قاضى الموضوع طبقا لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٩٧١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٨)

وقد حددت محكمة النقض حالات استعمال القاضى السلطة التقديرية المخولة له فى زيادة الأجر أو تخفيضه كالآتى :

١- أن تكون هناك ظروف قد أثرت فى الموكل تأثيرا حمله على التعهد للوكيل بمقابل يزيد كثيرا عما يقتضيه الحال [1].

٢- أن تكون هناك ظروف أثرت فى الوكيل فجعلته يقبل أجرا بخسا لا يتناسب مع العمل الذى أسند إليه.

٣- أن يكون الطرفان قد أخطئا فى تقدير العمل موضوع الوكالة قبل تنفيذه .

وقد أوجبت على القاضى إذا ما رأى تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة أو النقص أن يعرض فى حكمه للظروف والمؤثرات التى أحاطت بالتعاقد وأدت إلى الخطأ فى الاتفاق على مقابل غير مناسب حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة ما إذا كان إطراحه لإرادة المتعاقدين يستند إلى اعتبارات مقبولة أم لا .

---

(١) ففى هذه الحالة يداخل إرادة المتعاقدين مزيج من خطأ يقارب الغلط واضطرار يقارب الإكراه (السنهورى ص ٦٧٤ هامش ١) فالموكل قد يكون أحيانا كثير الشغف بالأمر الذى يريد الوصول إليه بواسطة الوكيل ، أو يكون مضطرب البال خائفا من عدم إمكانه الوصول إلى مبتغاه إلا بسعى شخص معين يثق بمقدرته (مصر استئناف ١٩٠٠/١/٢١) .

إذ ذهبـــت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٠/٢/٢٦ فى الطعن رقم ٤٨٩ لسنـــة ٣٥ ق إلى أن :

" وإنه وإن كان لقاضى الموضوع بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مـــن القانون المدنى الحق فى تعديل أجر الوكالة المتفق عليه سواء بتخفيضه أو بالزيادة عليه إلى الحد الذى يجعله مناسبا ، إلا أنه لما كان هذا الحق هو اســـتثناء من القاعدة العامة التى تقضى بأن الاتفاق شريعة المتعاقدين فإنه يشترط لاستعماله أن تكون هناك ظروف قد أثرت فى الموكل تأثيرا حمله على التعهد للوكيل بمقابل يزيد كثيرا عما يقتضيه الحال أو أثرت فى الوكيل فجعلـــته يقـــبل أجرا بخسا لا يتناسب مع العمل الذى أسند إليه أو كان الطرفان قد أخطئا فى تقدير قيمة العمل موضوع الوكالة قبل تنفيذه، بحيث إذا انتفـــت هـــذه الاعتبارات تعين احترام إرادة المتعاقدين واتباع القاعدة العامـــة الـــتى تقضى بأن ما اتفق عليه الخصوم يكون ملزما لهم ، وهو ما يوجـــب عـــلى القاضى إذا ما رأى تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة أو الـــنقص أن يعـــرض فى حكمه للظروف والمؤثرت التى أحاطت بالتعاقد وأدت إلى الخطأ فى الاتفاق على مقابل غير مناسب حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة مـــا إذا كان إطراحه لإرادة المتعاقدين يستند إلى اعتبارات مقبولة أم لا ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خفض مقدار أجر الوكالة دون أن يبين وجه الخطأ فى مقدار الأتعاب المتفق عليها فإنه يكون مشوبا بالقصور ويستوجب نقضه " .

وإذا كانـــت الوكالة لمحامى فإن القاضى يلتزم عادة جانب الحيطة فى زيـــادة الأتعاب ، فلا يزيدها إلا إذا ثبت أن الدعوى اقتضت من المحامى لظـــروف اســـتثنائية بذل جهود لم يكن يتوقعها . كأن تشعبت الدعوى واتسع نطاقها وأبديت فيها دفوع لم تكن منتظرة ، ولم يكن المحامى ليقبل المقـــدار المـــتفق عليه لو أنه كان يعلم ذلك ويلاحظ أن المحامى أقدر من الموكل على تقدير الجهد الواجب بذله [١].

والأحكـــام المتقدمة لا تسرى إلا على أجر الوكيل الذى يتفق عليه قبل تنفيذ الوكالة أو أثناء تنفيذها ، أما الأجر الذى يتفق عليه بعد تنفيذ الوكالة فسنعرض له فى البند التالى .

وإذا كان الوكيل قد تقاضى أتعابه مقدما ، أو فى خلال التنفيذ ، فإنه يجوز للموكل ، الذى يطالب بتخفيض الأتعاب ، أن يسترد الفرق بين ما يســـتحقه الوكيل من الأتعاب بحسب تقدير القاضى ، وبين ما قبضه فعلا تنفيذا لشرط العقد .

لكـــن لاتسرى فوائد المبالغ التى يكون للموكل الحق فى استردادها إلا من تاريخ المطالبة القضائية تطبيقا للقواعد العامة . ولايجوز التحدى بنص المادة ٧٠٦ للقول بسريان الفوائد فى هذه الصورة من تاريخ الإعذار، لأن هذا النص لا ينطبق إلا على المبالغ التى قبضها الوكيل بصدد تنفيذ الوكالة، وليست الأتعاب من قبيل هذه المبالغ [٢].

---

(١) السنهورى ص ٦٩٠ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٩٧ — السنهورى ص ٦٧٦ هامش (١) .

ولايجــوز الاتفــاق قبل تنفيذ الوكالة وتبين أهمية العمل الذى قام به الوكــيل عــلى أن ينــزل كل من الطرفين عن حقه فى تعديل الأجرة ، ولكن يجوز ذلك بعد تنفيذ الوكالة وتبين أهمية العمل الذى قام به الوكيل.

٣٢٥ ـ عدم جواز تعديل الأجر المدفوع طوعا بعد تنفيذ الوكالة :

بعد أن نصت المادة ٧٠٩ فى فقرتــها الثانية على أنه " فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى أردفت " إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة " .

ومفــادهذا النص أن الموكل إذا دفع أجر الوكيل طــوعا بعد تنفيذ الوكالة فلا يجوز للقاضى أن يعدل هذا الأجر بالزيادة أو النقصان . ذلك أنه بعد تنفيذ الوكالة يكون الموكل قد تبين قيمة العمل الذى أداه الوكيل ورأى أن ما دفعه هو الأجر المناسب لهذا العمل ، كما يعتبر قبض الوكيل لهــذا الأجر إقرارا منه بأنه الأجر المناسب للعمل الذى قام به . وحتى لو فرض أن مقدار الأجر يزيد على قيمة العمل أو ينقص ، فإن الموكل بدفعه طوعــا كل مقدار الأجر بعد أن تبين قيمة العمل يكون متبرعا بالزيادة فى الأجر ، وكذلك الوكيل بعد أن تبين مقدار جهده يكون متبرعا بما ينقص منه ، وليس فى هذا التبرع من الجانبين ما يخالف النظام العام [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" ذلك لأن الطرفين قد تبينا بعد تنفيذ الوكالة أهمية العمل الذى قام بــه الوكــيل ، فإذا دفع الموكل الأجر المتفق عليه طوعا بعد ذلك وقبضه

---

(١) السنهورى ص ٦٧٨ .

الوكـــيل ، فهذا دليل على أنـــهما لم يريا ما يقتضى تعديل الأجر ، فلا محل إذن لتحكيم القاضى " [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مـــادام الموكل- إذ قدر أجر وكيله بعد إتمام العمل- قد كان ملما بما أجراه الوكيل ، وكان على بينة من الأمر عند إجراء هذا التقدير، فالتحدى بالمادة ٥١٤ من القانون المدنى لا يفيد إذ أن حكم هـــذه المادة لاينسحب إلا على الاتفاقات التى تحصل قبل أداء الوكيل العمل " .

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٤/٢٥)

٢- " إن حكـــم المـــادة ٥١٤ من القانون المدنى لاينسحب إلا على الاتفاقات التى تحصل قبل أداء الوكيل العمل الذى عهد به إليه " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٢/٨)

ويمكن أن يقاس على ذلك :

١- الاتفاق على أجر الوكيل بعد تنفيذ الوكالة لاتحاد العلة بين هذه الحالة والحالة الواردة بالنص . **وقد أخذت بذلك محكمة النقض إذ قضت بأن :**

" الاتفاق على أجر الوكيل بعد تنفيذ الوكالة يجعل الأجر غير خاضع لتقدير القاضى كما هو الشأن فى دفع الأجر طوعا بعد التنفيذ " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/١٧)

٢- حالـــة دفـــع الموكل طوعا القدر المتفق عليه فى عقد الوكالة بعد تنفيذها لاتحاد العلة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٢٢ .

٣- حالة إقرار الوكيل بعد تنفيذ الوكالة بمديونيته للموكل بمبلغ معين أجرا له ، ما دام لايوجد غش أو إكراه من جانب الوكيل أو ظروف تحيط بالموكل تضطره إلى هذا الإقرار ، لاتحاد العلة أيضا [(١)].

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض إذ قضت بأن :

١- (أ) — " إن حكم المادة ٥١٤ من القانون المدنى لاينسحب إلا على الاتفاقات التى تحصل قبل أداء الوكيل العمل الذى عهد به إليه " .

(ب)- " إن كان إقرار الموكل بمديونيته للمحامى بمبلغ معين مقابل أتعابه فى الدعوى التى وكل فيها قد صدر بعد انتهاء العمل الذى قام به المحامى فى الدعوى المذكورة وبعد الحكم فيها لمصلحة الموكل ، وكان المحامى قد حرر فى تاريخ الإقرار ورقة للموكل تعهد فيها بالمرافعة عنه فى قضية أخرى بلا أجر تقديرا منه لثقته فيه ولوفائه له بتحرير الإقرار، فمن الخطأ فى التكييف أن تعتبر المحكمة الإقرار والتعهد اتفاقا واحدا يكمل أحدهما الآخر فإنهما فى الحقيقة مختلفان ولا علاقة بينهما قانونا ، إذ أولهما إقرار بدين غير متنازع فيه وواجب الأداء فى الحال ، وثانيهما تبرع بالمرافعة بلا أجر ، وبناء على ذلك فلا يجوز فى الصورة التحدى بحكم المادة ٥١٤ مدنى " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٢/٨)

---

(١) السنهورى ص ٦٨٠ هامش (١) — وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٣٩٦، أكثم الخولى ص ٣٢٩ فيريان أنه لايجوز فى هذه الصورة حرمان الموكل من حقه فى المطالبة بتخفيض الأجر المتفق عليه قبل التنفيذ ويعلل الدكتور عرفه ذلك بأن المشرع لايحرمه من هذا الحق إلا إذا دفع الأجر طوعا بعد تنفيذ الوكالة . وقد يدفعه إلى هذا الإقرار عدم قدرته على الوفاء .

٣٢٦ – فوائد الأجر :

يتقاضى الوكيل فوائد عن الأجر المستحق له قبل الموكل من يوم المطالبة القضائية طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ٢٢٦ مدنى ، فلا يوجد نص خاص يحدد تاريخا آخر لاستحقاق هذه الفوائد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كانت المحكمة إذ قضت للمحامى بالمبلغ الذى قدرته له مقابل الأعمال التى باشرها لصالح موكله قد رفضت طلب الفوائد دون أن تورد أسبابا تبرر هذا الرفض فإن حكمها يكون مشوبا بعيب القصور، ذلك أن الفوائد فى صورة الدعوى إنما هى تعويض قانونى عن التأخير فى الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود مصدره عقد الوكالة التى كانت قائمة بين الطرفين وهى تستحق للوكيل من يوم إعلان صحيفة الدعوى عملا بنص المادة ١٨٢ من القانون المدنى المختلط الذى يحكم النزاع المقابلة للمادة ٢٢٦ من القانون المدنى الجديد " .

(طعن رقم ٢١٨ سنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٦/١٦)

٢- " الفوائد هى تعويض قانونى عن التأخير فى الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود مصدره عقد الوكالة التى ثبت قيامها بين الطرفين والتى تستحق من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بنص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى التى تقرر حكمها عاما لاستحقاق فوائد التأخير عن الوفاء بالالتزام إذا كان محله مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به ، وإذ رفض الحكم القضاء بهذه الفوائد دون أن يبين سبب الرفض و لم يفصح عما إذا كان ما قدره من أجر قد روعى فيه تعويض

الطـــاعن عن التأخير فى الوفاء بالأجر المحكوم له به أم لا فإنه يكون قاصر التسبيب بما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥)

أتعاب المحامى

٣٢٧ ـ عمل المحامى يكون بأجر :

لاشـــبهة فى أن عمل المحامى يكون مقابل أجر. وهو ما يطلق عليه فى قـــانون المحاماة " أتعاب" إذا اتفق صراحة على أتعاب تؤدى إليه مقابل العمل الذى يقوم به .

أمـــا إذا لم يتفق صراحة بين الموكل والمحامى على أتعاب نظير عمله ، فقد رأينـــا أن المادة ٧٠٩ مدنى نصت فى فقرتـــها الأولى على أن الأجر "يستخلص ضمنا من حالة الوكيل " ولما كان المحامى يتخذ من مهنته مصدرا لعيشـــه ، فـــإن وكالة المحامى تكون فى الأصل مقابل أجر ، ولو لم يتفق صراحة على أجر له .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٨٢ المشار إليها تقرر أمرين : أولهما حـــق المحامى فى الحصول على أتعاب عن أعمال المحاماة التى قام بـــها . وثانـــيهما الحق فى أن ترد إليه المصروفات التى يكون قد أنفقها فى سبيل مباشرة الأعمال التى وكل فيها . وكلا الأمرين لاخلاف عليه فى النـــزاع الـــراهن ، ذلـــك أن الأعمال القانونية التى يقوم بـــها المحامى ممثلا فيها لموكله ، تعتبر من أعمال الوكالة وتسرى عليها أحكامها ، كأصل عام . وقد يقوم المحامى إلى جانبها ببعض الأعمال المادية ، ويظل كذلك- حتى فى هذه الحالة- خاضعا لقواعد الوكالة ملتزما ضوابطها كلما كان العنصر

الأغلــب فى هذيــن الــنوعين من الأعمال ، متصلا بالأعمال القانونية. والأصل المقرر فى الوكالة أنــها تبرعية ما لم يوجد اتفاق على الأجر بين كــل من الموكل والوكيل سواء كان هذا الاتفاق صريحا أم كان ضمنيا . وتكون الوكالة مأجورة ضمنيا إذا كان الوكيل ممن يحترفون مهنة يتكسبون مــنها ، وكان العمل الموكل فيه يدخل فى إطار أعمال هذه المهنة. ويدل الواقع على أن الوكالة المأجورة هى الأكثر وقوعا فى العمل ، وأن الوكيل لا يقــوم بأعمــال الوكالة تفضلا أو مجاملة إلا بدليل قاطع من الظروف المحيطة بــها ، وهو يؤجر على ما بذل من جهد فى تنفيذ أعمال الوكالة ولو لم يكن قد بلغ نتيجة بذاتــها ، باعتبار أن التزامه الناشئ عقد الوكالة لا يعــدو أن يكون التزاما ببذل عناية ، وليس بتحقيق غاية . وسواء قام الطــرفان بتعيين أجر الوكالة من البداية أم أغفلا تحديده ، فإن تقديره فى النهاية مرده إلى القاضى عند الخلاف على مقداره ، وهو ما لا يتصور إذا كان أجر الوكالة قد دفع تطوعا بعد تنفيذها " .

(القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ق " دستورية" جلسة ١٩٩٤/٢/١٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ تقضى المادة ٧٠٩ /١ من القانون بأن الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل ، فإن اشتغال المطعون عليه بالمحاماة وقت قيامه بالأعمال التى وكل فيها لحساب الطاعن يكفــى فى ذاته لاعتبار وكالته عن الطاعن مأجورة وذلك على أساس أن هذه هى مهنته التى يحترفها ويتكسب منها " .

(طعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/١١٥)

وتكـــون وكالة المحامى مأجورة ولو لم تكن متعلقة بدعوى مطروحة على جهات القضاء ، كما لو كان محل الوكالة القيام بإنجاز عمل إدارى لمنفعة الموكل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المادة ٨٦ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨، إذ تنص على أنه لا يجوز لغير المحامين أن يمارسوا بصفة منتظمة الإفتاء أو إبـــداء المشـــورة القانونية أو القيام بأى عمل أو إجراء قانونى للغير ، فقد دلت على حق المحامى فى القيام بأى عمل أو إجراء قانونى للغير سواء تعلق بدعوى مطروحة على جهات القضاء أو مباشرته بغية تحقيق منفعة قانونية لموكلـــه ، إذ كان ذلك فإن النعى على الحكم بمخالفة القانون- إذ قضى لمورث المطعون عليها الأولى بأتعاب حالة أن المهمة التى وكلت إليه كانت إدارية وليست متعلقة بدعوى — يكون فى غير محله " [(١)].

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٥/١٩)

غـــير أن ذلك لاينفى أن تكون وكالة المحامى عن موكله بلا أجر فى بعـــض الحالات ، بشرط أن يثبت ذلك من ظروف الوكالة ، ومثل ذلك أن تـــربط المحامى بموكله رابطة قرابة أو صداقة تعود معها ألا يأخذ أجرا

---

(١) ويســـرى هـــذا القضـــاء فى ظل قانون المحاماة الحالى رقم ١٧ لسنة ١٩٨١ ولايقدح فى ذلك أن المادة الثالثة من القانون الأخير لم تورد عبارة أوالقيام بأى عمـــل أو إجـــراء قانونى للغير الواردة فى المادة ٨٦ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الملغى لأن المادة الثالثة لم تورد أعمال المحاماة على سبيل الحصر وإنـــما ذكرت " ويعد من أعمال المحاماة " ...... ١- .... إلخ " .

على عمله من هذا القريب أو الصديق ، أو أن تكون له مصلحة شخصية فى القيام بالوكالة ولو دون أجر كما لو رفع دعوى فى شأن مال شائع وهو أحد الملاك على الشيوع فقد تدل الظروف فى هذه الحالة على أنه قبل التوكيل عن شركائه فى الشيوع دون أجر [١].

كما أن هناك حالات يوجب فيها قانون المحاماة على المحامى الوكالة بغير أجر ، وهو ما نعرض له فى البند التالى .

٣٢٨ ـ أتعاب المحامى فى الحالات التى يندب فيها للدفاع عن المتهم أو المرافعة عن الخصم :

هناك حالات يندب فيها المحامى للدفاع عن المتهم أو المرافعة عن الخصم ، وينظم القانون كيفية حصول المحامى فى هذه الحالات على أتعابه بالتفصيل الآتى :

١- تنص الفقرة الثانية من المادة ٦٧ من الدستور على أن : " وكل متهم فى جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه " وقد أكدت ذلك المادة ٢/٢١٤ من قانون الإجراءات الجنائية التى أوجبت أن يندب المحامى العام من تلقاء نفسه محاميا لكل متهم بجناية صدر أمر بإحالته إلى محكمة الجنايات إذا لم يكن قد وكل محاميا للدفاع عنه .

وتنص المادة ٣٧٦ من القانون الأخير على أن للمحامى المنتدب من قبل قاضى التحقيق أو النيابة العامة أو رئيس محكمة الجنايات أن يطلب تقدير أتعابه على الخزانة العامة إذا كان المتهم فقيرا . وتقدر المحكمة هذه الأتعاب فى حكمها فى الدعوى .

---

(١) السنهورى ص ٩٨٢ وما بعدها .

ويجــوز للخزانة العامة متى زالت حالة فقر المتهم ، أن تستصدر عليه أمر تقدير بأداء الأتعاب المذكورة .

٢- تقوم مجالس النقابات الفرعية للمحامين بتشكيل مكاتب تابعة لها لتقديم المساعدات القضائية لغير القادرين من المواطنين فى دائرة اختصاص كل منها .

وتشـــمل هذه المساعدات القضائية رفع الدعاوى والحضور فيها وفى تحقيقات النيابة العامة وإعطاء المشورة القانونية وصياغة العقود .

ويصـــدر مجلس النقابة العامة نظاما لمكاتب المساعدات القضائية يبين كيفـــية ترتيب المحامين بـــهذه المكاتب والمكافآت التى تدفع لهم وشروط انـــتفاع المواطـــنين بخدماتـــها . (م٩٣من قانون المحاماة رقـــم ١٧ لسنة ١٩٨٣) .

ويجب على المحامى تقديم المساعدات القضائية للمواطنين غير القادرين وغيرهم فى الحالات التى ينص عليها هذا القانون ، وعليه أن يؤدى واجبه عمن يندب للدفاع عنه بنفس العناية التى يبذلها إذا كان موكلا .

ولايجـــوز للمحامى المنتدب للدفاع أن يتنحى عن مواصلة الدفاع إلا بعد استئذان المحكمة التى يتولى الدفاع أمامها وعليه أن يستمر فى الحضور حتى تقبل تنحيته وتعيين غيره (مادة ٦٤) .

وعلى ذلك فإن نقابة المحامين هى التى تلتزم فى هذه الحالة بمنح المحامى المكافأة التى يحددها النظام الذى يصدره مجلس النقابة العامة .

٣- إذا رفـــض عدة محامين قبول الوكالة فى دعوى من الدعاوى التى يتطلـــب القانون اتخاذ الإجراء القانونى فيها عن طريق مكتب محام، يندب

مجلس النقابة الفرعية بناء على طلب صاحب الشأن محاميا لاتخاذ الإجراء القـانونى والحضور والمرافعة ، ويحدد مجلس النقابة أتعابه بموافقة صاحب الشأن (م ٩٥) .

٤- يندب مجلس النقابة الفرعية للمحامين محاميا للحضور عن المواطن الذى يتقرر إعفاؤه من الرسوم القضائية لإعساره .

ويقوم المحامى المنتدب بالدفاع عنه أمام القضاء بغير اقتضاء أى أتعاب منه (م ٩٤) .

ويذهب الفقه إلى أن للمحامى الرجوع على من ندب عنه بعد زوال حالة فقره بأتعابه والمصاريف التى أنفقها لأنه إذا كان الغرض من المساعدة القضـائية للفقراء هو مساعدتـهم فى الحصول على حقوقهم إلا أن هذا لا يمنع من الرجوع عليهم متى زالت حالة فقرهم [١].

اتفاق الموكل والمحامى على أتعاب المحامى :

٣٢٩ – النصوص القانونية :

المادة (٨٢) من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ :

" للمحامى الحق فى تقاضى أتعاب لما يقوم به من أعمال المحاماة والحق فى اسـترداد ما أنفقه من مصروفات فى سبيل مباشرة الأعمال التى وكل فيها . ويتقاضى المحامى أتعابه وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله وإن تفرع

---

(١) الدكـتور محمـد عـبد الظاهر حسين المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل ١٩٩٣ ص ١٩٧.

عـــن الدعوى موضـــوع الاتفاق أعمال أخـــرى حق المحامى أن يطالب بأتعابه عنها .

ويدخـــل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامى والنتيجة التى حققها وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامى .

ويجـــب ألا تزيد الأتعاب على عشرين فى المائة ولاتقل عن خمسة فى المائـــة من قيمة ما حققه المحامى من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير [1].

---

(١) قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٩٤/٢/١٢ فى القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضـــائية "دســـتورية" (المنشـــور بالجريدة الرسمية العـــدد ٩ (تابع) فى ٣ مـــــارس ١٩٩٤ بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة من الاعتداد بملاءة الموكل أحد العناصر التى تدخل فى تقدير أتعاب محاميه وكذلك ما قررته من أن لاتقل الأتعاب المستحقة عن ٥% من قيمة ما حققه من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير .

وننشر الحكم كاملا فيما يلى :

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ الموافق ١ رمضان سنة ١٤١٤ هـــ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور / عوض محمد عوض المـــر رئيس المحكمة

= وحضـــور السادة المستشارين : الدكتور محمد إبراهيم أبو العينين ، ومحمد ولى الدين جلال وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف والدكتور عبد المجيد فياض . أعضاء

وحضور السيد المستشار / نجيب جمال الدين علما المفوض

وحضور السيد / رأفت محمد عبد الواحد أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضـــية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" .

المقامة من

السيد / أمير لطفى المندراوى .

السيدة / تغريد فوزى سليمان .

ضد

السيد/ رئيس الجمهورية .

السيد/ رئيس الوزراء.

السيد / وزير العدل.

السيد / نقيب المحامين .

السيد عبد الرحمن طه طه .

الإجراءات

بـــتاريخ ٢ ديســـمبر ١٩٩٢ أودع المدعيان صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمـــة الدســـتورية العليا طالبين الحكم بعدم دستورية المادة ٨٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة بدفعها .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها . =

= ونظـــرت الدعـــوى على النحو المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيـــث إن الوقـــائع - عـــلى ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعيين أقاما هذه الدعوى بصحيفة خلصا فى ختامها إلى طلب الحكـــم بعـــدم دستورية المادة ٨٢ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لســـنة ١٩٨٣ ، وقالا شرحا لذلك أنـــهما وكلا عنهما المدعى عليه الخامس محامـــيا لمباشـــرة بعض الدعاوى المتعلقة بـــهما ، إلا أنه أخل بواجباته المهنية وعرضـــهما لأخطار فادحة . وإذ تقدما بشكوى ضده إلى النيابة العامة ، فقد استصدر ضدهما من نقابة المحامين الفرعية بالقاهرة أمر تقدير لأتعابه بمبلغ خمسة وســـبعين جنيه مستغلا فى ذلك الأوراق التى تحت يده ، وحضوره فى القضايا الـــتى كان يقيمها لصالحهما والتى لم تستكمل إجراءاتـــها بعد . وقد طعنا فى هـــذا الأمـــر كما طعن هو فيه وذلك أمام محكمة استئناف القاهرة التى قررت ضم الاستئنافين إلى بعضهما ، وإذ دفع الحاضر عنهما بعدم دستورية المادة ٨٢ مـــن قـــانون المحامـــاة المشار إليه ، وكانت محكمة الموضوع قد قدرت جدية دفاعهما وصرحت لهما بإقامة الدعوى الدستورية ، فقد أقاما الدعوى الماثلة.

وحيـــث إن المادة ٨٢ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ تنص على ما يأتى :

فقـــرة أولى : للمحامى الحق فى تقاضى أتعـــاب لما يقوم به من أعمال المحاماة والحـــق فى استرداد ما أنفقه من مصروفات فى سبيل مباشرة الأعمال التى وكل فيها .

=

= **فقــرة ثانية** : ويتقاضى المحامى أتعابه وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله . وإذا تفــرغ عن الدعوى موضوع الاتفاق أعمال أخرى ، حق للمحامى أن يطالب بأتعابه عنها .

فقرة ثالثة : ويدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامى والنتيجة التى حققها وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامى ، ويجب ألا تزيد الأتعــاب عــلى (عشرين فى المائة) وألا تقل عن (خمسة فى المائة) من قيمة ما حققه المحامى من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير .

فقــرة رابعــة : وفى جميع الأحوال لايجوز أن يكون أساس تعامل المحامى مع موكله أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها .

وحيــث إن المدعيين ينعيان على المادة ٨٢ المشار إليها مخالفتها للدستور بمقولة إن الدستور ضمن حق التقاضى للناس كافة فى المادة ٦٨، ونص فى المادة ٦٩- الــتى كفــل بــها حق الدفاع أصالة أو بالوكالة _ على أن يوفر المشرع لغير القادرين ماليا وسائل الالتجاء إلى القضاء للدفاع عن حقوقهم . غير أن النص التشــريعى المطعون فيه أطلق لكل محام العنان فى اقتضاء أتعابه ، محددا عناصر تقديــرها بغير حساب ، ودون ما اعتداد بمقدم الأتعاب أو غيره من المبالغ التى يكــون قــد تقاضــاها أثناء نظر الدعوى ، وبغير تربص بالقضايا التى يكون الموكــل قد أقامها ضده للفصل فيما هو منسوب إليه من الجرائم التى ارتكبها والمســتوجبة لمســئوليته الجنائــية والمدنية ، هذا بالإضافة إلى أن نقابة المحامين متعاطفة دائما مع أعضائها مما يعد افتئاتا على حقوق المواطنين مستوجبا تقرير الضوابط اللازمة لإعمال النص التشريعى المطعون عليه .

ومــن حيث إن المدعى عليه الخامس دفع بعدم قبول الدعوى الدستورية بمقولة عــدم اتصــالها بالمحكمــة الدستورية العليا وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى قانونــهــا ارتكانا من جانبه إلى أن الدفع بعدم الدستورية الذى أبداه المدعيان لاتجوز أثارته لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وكان يتعين — وباعتباره من =

=الدفـــوع الإجرائـــية - أن يطرح أمام محكمة أول درجة ابتداء وقبل تعرضها لموضوع النـــزاع الذى تتولى الفصل فيه .

وحيـــث إن هذا الدفع مردود بما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن الشـــرعية الدستورية التى تقوم بمراقبة التقيد بـــها ، غايتها ضمان أن تكون النصـــوص التشريعية المطعون عليها أمامها مطابقة لأحكام الدستور . ذلك أن لهـــذه الشـــرعية- فى موقعهـــا من البنيان القانونى فى الدولة - مقام الصدارة وانفاذهـــا وبلـــوغ مقاصدها فرع من خضوع الدولة - بكافة تنظيماتـــها- للقـــانون والتزامها بمضمونه وفحواه. ولايجوز بالتالى لأية محكمة أو هيئة ذات اختصـــاص قضائى _ إعمال نص تشريعى لازم للفصل فى النـــزاع المعروض علـــيها إذا بـــدا لها مصادمته للدستور من وجهة مبدئية قوامها ظاهر الأمر فى المطـــاعن الدستورية الموجهة إليه دون انزلاق إلى أغوارها ، ذلك أن قيام هذه الشبهة لديها ، يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدســـتورية العليا وفقا لنص المادة ٢٩ من قانونـــها لتتولى دون غيرها الفصل فى المســـائل الدســـتورية المطـــروحة عليها ، متقصية أبعادها ، محيطة بجوانبها مـــتعمقة دخائـــلها بالغة ببحثها منتهاه ، بما مؤداه أنه لا يجوز لأية جهة تتولى الفصـــل فى الخصومة القضائية المطروحة عليها أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكـــام الدســـتور ولا أن تنحيها جانبا ، بل يتعين عليها أن تنـــزل القواعد الدستورية المنـــزلة الأعلى التى تتبوؤها ، وإلا آل أمر الإعراض عنها إلى إعمالها لنصـــوص تشـــريعية لازمة للفصل فى النـــزاع الموضوعى المعروض عليها ولو داخلتها شبهة ترجع مخالفاتـــها للدستور بخروجها على زواجره ونواهيه، وهو مـــا يناقض سيادة القانون- والدستور على القمة من مدارجه - ويخل كذلك بضـــرورة أن تكـــون الشـــرعية الدستورية رأسية أسسها تتكامل عناصرها ،=

= وتتواصل حلقاتها دون انقطاع ، وينقص من جهة أخرى دور المحكمة الدستورية العليا فى مباشرة رقابتها على هذه الشرعية بوصفها أمنية عليها حافظة لها ، غير مجاوزة لتخومها ، لتفرض بأحكامها كلمة الدستور على المخاطبين بها ، فلا ينسلخون منها أو يحيدون عنها . متى كان ذلك وكان الدفع بعدم دستورية نص تشريعى يطرح بالضرورة — ومن أجل الفصل فى هذا الادعاء — ما بين القواعد القانونية من تدرج يفرض عند تعارضها إهدار القاعدة الأدنى تغليبا للقواعد التى تعلوها ، وكان من المقرر — وعلى ما سلف البيان أن القواعد الدستورية تحتل من القواعد القانونية مكانا عليا لأنها تتوسد منها المقام الأسمى لقواعد آمرة لاتبديل فيها إلا بتعديل الدستور ذاته ، فإن الدفع بعدم الدستورية لا يكون من قبيل الدفوع الشكلية أو الإجرائية ، بل يتغيا فى مضمونه ومرماه مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحا لها على ما عداها وتوكيدا لصلتها الوثقى بالنظام العام ، وهى أجدر قواعده وأولاها بالإعمال ، بما مؤداه جواز إثارة هذا الدفع فى أية حالة عليها الدعوى ، وأمام أية محكمة أيا كان موقعها من التنظيم القضائى الذى يضمها .

ومن حيث أن المصلحة الشخصية المباشرة- وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية — مناطها أن يكون ارتباط بينها وبين المصلحة فى الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم فى المسألة الدستورية لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع.

وحيث إنه لا مصلحة للمدعيين فى الطعن على الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من قانون المحاماة الصادرة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ ، ولا على الفقرتين الثانية والرابعة منها ، ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٨٢ المشار إليها تقرر أمرين: أولهما حق المحامى فى الحصول على أتعاب عن أعمال المحاماة التى قام =

= بــها : وثانيهما الحق فى أن ترد إليه المصروفات التى يكون قد أنفقها فى سبيل مباشــرة الأعمال التى وكل فيها . وكلا الأمرين لا خلاف عليه فى النـــزاع الـــراهن ، ذلك أن الأعمال القانونية التى يقوم بـــها المحامى ممثلا فيها لموكله ، تعتـــبر مـــن أعمال الوكالة وتسرى عليها أحكامها ، كأصل عام. وقد يقوم المحـــامى إلى جانـــبها بـــبعض الأعمال المادية ، ويظل كذلك — حتى فى هذه الحالة- خاضعا لقواعد الوكالة ملتزما ضوابطها كلما كان العنصر الأغلب فى هذيـــن الـــنوعين من الأعمال ، متصلا بالأعمال القانونية . والأصل المقرر فى الوكالـــة أنـــهـــا تـــبرعية ما لم يوجد اتفاق على الأجر بين كل من الموكل والوكـــيل ســـواء كـــان هذا الاتفاق صريحا أم كان ضمنيا . وتكون الوكالة مأجورة ضمنا إذا كان الوكيل ممن يحترفون مهنة يتكسبون منها ، وكان العمل الموكـــل فـــيه يدخل فى إطار أعمال هذه المهنة . ويدل الواقع على أن الوكالة المـــأجورة هـــى الأكثر وقوعا فى العمل ، وأن الوكيل لايقوم بأعمال الوكالة تفضـــلا أو مجاملة إلا بدليل قاطع من الظروف المحيطة بـــها ، وهو يؤجر على ما بذل من جهد فى تنفيذ أعمال الوكالة ، ولو لم يكن قد بلغ نتيجة بذاتـــها، باعتـــبار أن التزامه الناشئ عقد الوكالة لا يعدو أن يكون التزاما ببذل عناية ، ولـــيس بتحقـــيق غاية . وسواء قام الطرفان بتعيين أجر الوكالة من البداية أم أغفـــلا تحديـــده ، فـــإن تقديره فى النهاية مرده إلى القاضى عند الخلاف على مقداره ، وهو ما لا يتصور إذا كان أجر الوكالة قد دفع تطوعا بعد تنفيذها . متى كان كذلك ، وكانت الأتعاب التى طلبها محامى المدعيين قد عرض أمرها على مجلس النقابة الفرعية إعمالا لنص المادة ٨٤ من قانون المحاماة الذى يسرى عـــند وقـــوع خلاف بشأنـــها بين الموكل ومحاميه ولا يكون مقدارها محددا بالاتفـــاق عليها كتابة ، وكان المدعيان قد نعيا على هذا التقدير ارتكانه إلى =

عناصــر بذواتــهــا حددتــها الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ فى إطلاق لا يعتد بــمــا قد يكون المحامى قد اقتضاه بالفعل من موكله من مبالغ يتعين خصمها من الأتعاب المحكوم بــها ، فإن المدعيين يكونان قد أقرا بأن الوكالة الماثلة غير تطوعــية ، وليس لهما من بعد أن ينازعا فى أصل الحق فى الأجر عن الأعمال القانونــية الــتى قام بــها الوكيل ، ولا أن يعارضا حق الوكيل فى أن ترد إليه المصــروفات الــتى يكون قد أنفقها فى سبيل مباشرة الأعمال التى وكل فيها ، ذلــك أن الأعمال القانونية التى يقوم بــها المحامى فى إطار مهنته تعتبر أعمالا مــأجــورة ولو لم تكن متعلقة بخصومة قضائيــة ، بل منصرفة إلى غيرها من الأعمــال الــتى يفــيد منها الموكل وتكون ضرورية لتأمين الأغراض النهائية للوكالــة. أمــا المصــروفات التى يكون قد أنفقها بما لا يجاوز متطلبات تنفيذ الأعمال التى وكل فيها ، فإن حجبها عنه يعتبر إفقارا له بمقدارها دون مسوغ مــن اتفــاق أو من نص فى القانون ، وهو ما لا يجوز باعتباره إثراء يصيب الموكل بلا سبب.

وحيــث إنه لا مصلحة أيضا للمدعيين فى إطراح الفقرتين الثانية والرابعة من المــادة ٨٢ مــن قانون المحاماة المطعون عليهما ، ذلك أن ما تنص عليه الفقرة الــرابعة مــنها من أنه لا يجوز فى أية حال أن يكون أساس تعامل المحامى مع موكلــه ، أن تكــون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها ، إنــما يــتمخض عــن مزية تعود فائدتــها – فى الحدود التى قررتــها هذه الفقرة- علــيهما . إذ كــان ذلك ، وكان من المقرر أن الدعوى الدستورية ينبغى أن تؤكــد بماهية الخصومة التى تتناولها، التعارض بين المصالح المثارة فيها بما يعكس حــدة التناقض بينها ، ويبلور من خلال تصادمها ومجابــهتها لبعض، حقيقة المســألة الدســتورية التى تدعى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها ، إذ كان ذلــك وكان من المسلم أن الحقوق الدستورية ليس لها قيمة مجردة فى ذاتــها ،

ولا يتصور أن تعمل فى فراغ ، وأنه أيا كان وزنها أو دورها أو أهميتها فى بناء النظام القانونى للدولة ودعم حرياته المنظمة ، فإن تقريرها تغيا دوما توفير الحماية التى تقتضيها مواجهة الأضرار الناشئة عن الإخلال بها ، يستوى فى ذلك أن تكون هذه الحقوق من طبيعة موضوعية أو إجرائية . ولا يكفى بالتالى لتوافر المصلحة الشخصية المباشرة فى الدعوى الدستورية ، مجرد إنكار أحد الحقوق المنصوص عليها فى الدستور أو محض الخلاف حول مضمون هذا الحق، بل يجب أن يكون للخصم الذى أقامها مصلحة واضحة فى اجتناء الفائدة التى يتوقعها منها باعتبارها الترضية القضائية التى يرد بها عن الحقوق التى يدعيها مضار فعلية أصابتها أو تهددها من جراء إعمال النص التشريعى المطعون عليه فى حقه ، وترتيبه لآثار قانونية بالنسبة إليه . ولا كذلك إفادة المدعيين من مزايا نص تشريعى معين ، إذ يكون الطعن عليه من قبلهما غير جائز .

وحيث إنه لا مصلحة للمدعيين كذلك فى الطعن على الفقرة الثانية من المادة ٨٢ من قانون المحاماة ، ذلك أن ما تنص عليه من أن للمحامى أن يتقاضى أتعابه وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله ، وأنه إذ تفرعت عن الدعوى موضوع الاتفاق أعمال أخرى ، كان للمحامى أن يحصل على أتعابه عنها ، مؤداه أن الأصل هو ألا يتقاضى المحامى أكثر من الأتعاب التى تم الاتفاق عليها كتابة ، فإذا لم يكن ثمة اتفاق ، أو كان الاتفاق قد تناول دعوى بذاتها ، ولكن أعمالا أخرى غير التى ورد الاتفاق بشأنها قد تفرعت عنها ، فإن أتعاب المحامى- فى هاتين الحالتين — تقدر على ضوء العناصر التى حددتها الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ المطعون عليها . وهذه العناصر وحدها هى التى ينحصر نطاق الطعن فيها بالنظر إلى تعلقها بموضوعه ، بالإضافة إلى أن ذلك أكفل لمقاصد المدعيين اللذين ركزا مناعيهما عليها بمقولة إطلاقها دون قيد ، وأن الغاية منها هى تمكين المحامين من الضغط على موكليهم وتطويعهم لمصالحهم بالمخالفة للواقع والقانون.

=وحيث إن الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة — التى انحصرت فيها نطاق الطعن على النحو المتقدم — تنص على أن يدخل فى تقدير أتعاب المحامى أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامى والنتيجة التى حققها وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامى ويجب ألا تزيد الأتعاب على عشرين فى المائة وألا تقل عن خمسة فى المائة من قيمة ما حققه المحامى من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير .

وحيث إن المدعيين ينعيان على الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة مخالفتها لنص المادة ٦٩ من الدستور .

وحيث إن هذا النعى مردود بأن الدستور نظم حق الدفاع محددا بعض جوانبه مقررا كفالته كضمانة مبدئية أولية لعدم الإخلال بالحرية الشخصية ولصون الحرية فى مظاهرها المختلفة والحقوق جميعها ، سواء فى ذلك تلك نص عليها الدستور أو التى كفلتها النظم المعمول بها ، فأورد فى شأن هذا الحق حكما قاطعا حين نص فى الفقرة الأولى من المادة ٦٩ منه على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول، وكان ضمان هذا الحق يفترض أن يكون الدفاع فعالا محيطا بالخصومة التى يتناولها التوكيل ، فلا تكون المعاونة التى يقدمها المحامى لموكله دون مستوياتها الموضوعية التى يمليها التبصر وتفرضها العناية الواجبة ولا ينزلق المحامى بتقصيره فى أدائها إلى أخطاء مهنية لو كان قد تداركها فى حينها لكان من الأرجح أن تتخذ الخصومة مسارا مختلفا ، وكان الدستور تعزيزا منه لضمانة الدفاع على هذا النحو، لم يجز للسلطة التشريعية إهدار هذا الحق أو تقليص محتواه بما يعطل فعاليته أو يحد منها ، كاشفا بذلك عن أن ضمانة الدفاع لم تعد ترفا يمكن التجاوز عنه ، وأن التعلق بأهدابها الشكلية دون التعمق فى حقائقها الموضوعية ، يعتبر تراجعا عن مضمونها الحق مصادما لمعنى العدالة منافيا لمتطلباتها ، وأن إنكار ضمانة الدفاع أو تقييدها بما يخرجها عن الأغراض المقصودة منها ، ليس إلا هدما للعدالة ذاتها بما يحول دون وقوفها سوية على قدميها ، سواء كان نقضها أو إعاقتها منصرفا=

=إلى حـــق الدفـــاع بالأصالة بـــما يقوم عليه من ضمان حق كل فرد فى أن يعرض وجهة نظره فى شأن الواقعة محل التداعى مبينا حكم القانون بصددها ، أم كان متعلقا بالدفاع بالوكالة حين يقيم الشخص باختياره محاميا يطمئن إليه لخـــبرته وقدراته وبرأه لثقته فيه أقدر على تأمين المصالح التى يرمى إلى حمايتها وكان الدستور بعد أن قرر أصل الحق فى ضمانة الدفاع - أصالة أو بالوكالة- قد خطا خطوه أبعد بإقراره الفقرة الثانية من المادة ٦٩ منه التى تنص على أن تكفـــل الدولـــة لغـــير القادرين ماليا وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم مخولا المشرع بموجبها تقرير الوسائل الملائمة التى يعين بـــها المعوزين عـــلى صون حقوقهم وحرياتـــهم من خلال تأمين ضمانة الدفاع عنها، وكان المدعيان لا يقولان بإنكار حقهما فى اللجوء إلى القضاء للحصول على الترضية القضائية التى يقتضيها رد العدوان الذى ذهبا إلى وقوعه على حقوقهما المالية ، ولا يدعيان أنـــهما من المعوزين الذين يلوذون بالمعونة القضائية لتأمين ضمانة الدفاع عن حقوقهم هذه ، وكانت الوكالة بالخصومة غايتها أن يقوم محام من اختـــيارهما بـــإدارة الدفـــاع عنهما وتوجيهه ، وتفترض هذه الوكالة أنـــها مـــأجورة لا تبرعية باعتبار أن الأعمال موضوعها تدخل فى إطار مهنة المحاماة الـــتى احترفها وكيلهما ، وكان المدعيان قد أيدا ذلك بإقرارهما أنـــهما دفعا لهـــذا الوكيل جزءا من مقدم أتعابه ، فإن مقالة سريان الفقرة الثانية من المادة ٦٩ مـــن الدستور فى حقهما - وقوامها معاونة الدولة للمعسرين وفقا للقانون وبـــما لا يجاوز الحق فى تمثيل ملائم يرعى مصالحهم ويرد غائلة العدوان عنها عن طريق من يندبون المحامين لهذا الغرض لا يكون لها محل .

وحيـــث إن المدعيين ينعيان كذلك على الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحامـــاة تحيفها ، ومنها لأنـــها لمصالح المحامين وتقريرها حقوقا لهم تجاوز حد الاعـــتدال ممـــا آل الركون إليها للضغط من خلالها على موكليهم وتطويعهم لإرادتـــهم بالمخالفة للقانون .

=

=وحيث إن الأصل المقرر قانونا أن تتكافأ الأتعاب التى يحصل عليها المحامى تنفيذا لعقد الوكالة مع قيمة الأعمال التى أداها فى نطاقها ، ذلك أن الوكالة من عقود القانون الخاص التى تتوازن المصالح فيها ، ولا تميل الحقوق الناشئة عنها فى اتجاه أحد طرفيها ، ويتعين بالتالى أن يكون تقرير أجر المحامى عن الأعمال التى قام بها – فى إطار عقد الوكالة وتنفيذا لمقتضاها – معقولا ، فلا يكون أجر الوكيل عنها مبالغا فيه مرهقا الموكل فى غير مقتض وإلا كان تقديره تحكيما مجاوزا الأسس الموضوعية التى يتعين أن يتحدد على ضوئها توصلا إلى تقديره دون زيادة أو نقصان ، وبعيدا عن شبهة الممالأة . أو التحمل . ولازم ذلك أن يكون أجر المحامى متناسبا مع الأعمال التى أداها، وأن يقدر بمراعاة أهميتها ، وعلى ضوء مختلف الظروف ذات العلاقة المحلية بها ويندرج تحتها بوجه خاص القيمة الفنية لهذا الأعمال ، والجهد الذى بذله المحامى فى إنجازها عمقاً وزمنا ، والعوارض الاستثنائية التى قد واجهته فى تنفيذها ، وصعوبة أو تعقد الأعمال التى أداها ومظاهر تشعبها ، والنتائج التى حققها من خلالها ، وما عاد على الوكيل منها من فائدة . ومن ثم تكون حقيقة الأعمال التى قام بها المحامى هى ذاتها مناطا لتحديد أجره ، ويتعين بوجه عام أن يكون مرد الاعتداد بها عائدا إلى العناصر الواقعية المختلفة التى يتحدد بها نطاقها ووزنها ، وبما لا إخلال فيه بالظروف الموضوعية المتصلة بها . ودون ذلك ، فإن تقدير أجر المحامى يكون منطويا على عدوان على الحقوق المالية للموكل ، وهى حقوق حرص الدستور على صونها ، ومن ثم كان ضروريا أن يقدر أجر المحامى بمراعاة كل العوامل التى تعين على تحديده تحديدا منصفا ، وهى بعد عوامل لا تستغرقها قائمة محددة من أجل ضبطها وحصرها ، وإن جاز أن يكون من بينها : **أولاً** : حقيقة الجهد والزمن الذى بذله المحامى وكان لازما لإنجاز الأعمال التى وكل فيها ، **ثانيا**: جدة المسائل التى قام ببحثها ودرجة تشابكها أو تعقدها . **ثالثا**: ما اقتضاه تنفيذها بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية. **رابعا**: ما إذا كان تنفيذ الأعمال التى=

= عهد إليه الموكل بـــها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى. **خامسا**: الأجر المقـــرر عرفا مقابلا معقولا لها . **سادساً** : القيود الزمنية التى يكون الموكل قد فرضـــها على المحامى لإنجاز الوكالة وكذلك تلك التى أملتها ظروفها. **سابعاً** : النـــتائج التى يكون محاميه قد بلغها فى شأن المبالغ التى يتردد النـــزاع حولها . **ثامنا** : مكانة المحامى ومقدرته وشهرته العامة . **تاسعاً** : طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه وعمق امتدادها فى الزمان . **عاشرا** : الأتعاب التى تقررت لغيره مـــن المحامين فى الدعاوى المماثلة . **حادى عشر**: ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التى وكل فيها بالنظر إلى ملابساتـــها.

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكانت العوامل الموضوعية وحدها هى التى يعتد بـــهـــا فى تقديـــر أتـــعاب المحامى باعتبارها مرتبطة بطبيعة الأعمال التى أدها ومـــبلغ أهميتها ومحصلتها النهائية وغير ذلك من الظروف ذات العلاقة المحيطة بـــها وثيقة الاتصال بالتالى بقيمة هذه الأعمال منظورا فى ذلك إلى عناصرها الواقعية والجهد الذى لازمها وكان يلزم عقلا أن يبذل فيها . وجب استبعاد ما عداها مما لايندرج تحتها .

وحيـــث إن الفقـــرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة قد أوردت ضمن العناصر التى تدخل فى تقدير أتعاب المحامى أهمية الدعوى والجهد الذى بذله فى ســـبيلها والنتيجة التى حققها وأقدمية قيده ــ وجميعها عوامل موضوعية تعين على تقدير هذه الأتعاب تقديرا منصفا ، إلا أن نص هذه الفقرة ذاتـــها ــ إذا اعـــتد بملاءة الموكل كأحد عناصر هذا التقدير ، فإنه يكون قد جاوز فى هذا الـــنطاق الأسس المعقولة التى يتعين أن تتحدد الأتعاب على ضوئها ، ذلك أن ثروة الموكل منقطعة الصلة بالأعمال التى باشرها الوكيل ، ولا يجوز أن يكون لهـــا من أثر على تقييمها . وليس منطقيا أو معقولا أن تزيد قيمة هذه الأعمال وأن تتصـــاعد أهميـــتها تبعا ليسار الموكل وليس بالنظر إلى طبيعتها وفحواها. يؤيـــد ذلك أنه وإن صح القول بأن الأتعاب المتنازع عليها لا يجوز أن تنحدر عـــلى نحو يكون مثبطا لهمم الأكفاء من المحامين، فإن من الصحيح كذلك =

أنـــها لا يجوز أن تكون مستعلية فى غير مقتض بافتقارها إلى العوامل الموضوعية اللازمة لحملها .

وحيـــث إنـــه بالإضافة إلى ما تقدم ، فإن ما قررته الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ المشـــار إليها من أنه لا يجوز أن تقل أتعاب المحامى عن ٥% من قيمة ما حققه مـــن فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير ، مؤداه أنه أيا كان مقدار الجهـــد الذى بذله المحامى فى أداء هذا العمل ، فإن الحدود الدنيا لأتعابه لايجوز أن تقـــل عن ٥% من الفائدة التى حققها ، وهو ما يخرج بتقييم الأعمال التى باشرها عن الأسس الموضوعية التى يجب أن تكون قواما لها .

وحيـــث إنه متى كان ذلك ، وكانت الحماية التى أظل بـــها الدستور الملكية الخاصـــة لضـــمان صـــونـــها من العدوان وفقا لنص المادة ٣٤ منه ، لا تعتبر منحصرة فى الملكية الفردية كحق عينى أصلى تتفرغ عنه الحقوق العينية جميعها ويعتبر جماعتها وأوسعهما نطاقا ، بل تمتد هذه الحماية إلى الأموال جميعها دون تميز بينها باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية سواء كان هذا الحق شخصيا أم عينيا أم كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية ، وكان ما يميز الملكية الفردية عن الحقوق الشخصية هو أنه بينما تخول الملكية الفردية صاحبها الســـلطة المباشرة على الشئ محلها تصرفا واستغلالا واستعمالا لتعود إليه دون غيره ثمارها ومنتجاتـــها وملحقاتـــها يستخلصها منها دون وساطة أحد، فإن الحقـــوق الشخصية ترتبط بمدين معين أو بمدينين معينين ، وبوساطتهم يكون اقتضـــاء الدائن لها ، وكان التمييز بين الملكية الفردية والحقوق الشخصية على هذا النحو لا ينال من كونـــهما من الأموال، ذلك أن الحقوق العينية التى تقع عـــلى عقار ـــ بما فى ذلك حق الملكية — تعتبر مالا عقاريا أما الحقوق العينية الـــتى تقع على منقول وكذلك الحقوق الشخصية — أيا كان محلها — فإنـــها تعـــد مالا منقولا . ويتعين بالتالى أن تمتد الحماية المنصوص عليها فى المادة ٣٤ من الدستور إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء ذلك أن التمييز بينهما فى مجـــال هذه الحماية ينافى مقاصد الدستور فى سعيها لتأمين الأموال جميعها =

= من العدوان عليها وبـما يردع مغتصبيها . متى كان ما تقدم ، وكان تعيين أتعـاب المحامين على ضوء عنصرين غير موضوعيين — أحدهما ملاءة الموكل وثانـيهما حد أدنى تقرر بقاعدة هامة مجردة يلزم تطبيقها فى كل حال لضمان عدم النـزول بـمبلغها عن قدر مـعين مؤداه اعتبار ما يقابلهما من مبالـغ الـتزاما مترتـبا فى ذمة الموكل منذ نشوئه ، وكان كل التزام يعتبر قيمة مالية سـلبية حال أن هذين العنصرين منفصمان عن حقيقة الأعمال التى قام بـها الوكيل ولا يغلان بالتالى أية قيمة مالية يتصور معها أن يقعا عبئا فى مال المدين بما يجرد ذمته المالية — وهى لا تتناول إلا مجموع الحقوق والديون التى تكون لها قـيمة مالـية — مـن بعـض عناصرها الإيجابية ، إذ كان ذلك ، فإن النص التشريعي المطعون فيه يكون مخالفا من هذه الناحية للمادة ٣٤ من الدستور .

وحيـث إن مـا قرره المدعيان من أن الفقرة الثالثة من المادة (٨٢) آنفة البيان تسـقط من حسابـها مقدار المبالغ التى يكون قد دفعها مقدما لمحاميه، مردود بأن حكمها لا يفيد ذلك ، إذ لا تتناول هذه الفقرة بالتنظيم غير الأسس التى قـدر المشروع ضرورة تحديد أتعاب الوكيل على ضوئها بافتراض عدم وجود اتفـاق كتابى بشأنـها والخلاف عليها ، ولا يحول بذاته دون استنـزال أية مبالغ منها يكون الموكل قد أداها للوكيل كلما قام الدليل عليها .

فلهذه الأسباب

حكمـت المحكمـة بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة (٨٢) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ من الاعتداد بملاءة الموكل كأحد العناصر التى تدخل فى تقدير أتـعاب محاميه وكذلك ما قررته من أن لا تقـل الأتعاب المستحقة عن ٥% من قيمة ما حققه من فائدة لموكله فى العمل موضـوع طلب التقدير ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

أمين السر **رئيس المحكمة**

وفى جميع الأحوال لايجوز أن يكون أساس تعامل المحامى مع موكله أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها " .

المادة ٨٣ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ :

" إذا انتهت الدعوى أو النزاع صلحا أو تحكيما استحق المحامى الأتعاب المتفق عليها ما لم يكن قد تم الاتفاق على غير ذلك.

ويستحق المحامى أتعابه إذ أنهى الموكل الوكالة دون مسوغ قبل إتمام المهمة الموكلة إليه " .

وللمحامى الذى صدر قرار بتقدير أتعابه أو عقد صلح مصدق عليه من مجلس النقابة الفرعية[1] أو من المحكمة أن يحصل على أمر باختصاصه بعقارات من صدر ضده قرار التقدير أو عقد الصلح أو الحكم " .

٣٣٠ـ كيفية تقدير أتعاب المحامى :

الأصل أن للموكل والمحامى الحق فى الاتفاق على كل ما يتعلق بأتعاب المحامى ، سواء فيما يتعلق بمقدارها أو وقت أدائها أو الكيفية التى يتم

---

(١) قضى بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٨٤) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ وبسقوط كل من فقرتها الثالثة والمادة (٨٥) من هذا القانون والفقرة الأولى من المادة (٨٤) هى التى تنص على اختصاص اللجنة التى يشكلها مجلس النقابة الفرعية بنظر الطلب المقدم من المحامى لتحديد أتعابه فى حالة عدم الاتفاق عليها كتابة ، وذلك بتاريخ ١٩٩٩/٦/٥ فى القضية رقم ١٥٣ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" ونشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد٢٤ فى ١٩٩٩/٦/١٧(الحكم منشور ببند ٣٣١).

بـــها سدادها . وقد يتم الاتفاق على هذه النقاط قبل الانتهاء من العمل أو فى لحظة التعاقد ، وقد يتم بعد الانتهاء من العمل المطلوب [(١)].

ومن ثم فإن ما يتم الاتفاق عليه كتابة بين الطرفين يكون ملزما لهما[(٢)].

غـــير أن هناك حظر على اتفاق الموكل والوكيل فى هذا الشأن نصت علــيه المادة ٤٧٢ مدنى بقولها لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا " .

كمـــا نصـــت الفقرة الرابعة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لســـنة ١٩٨٣ عــــلى أنه : " وفى جميع الأحوال لا يجوز أن يكون أساس تعـــامل المحامى مع موكله أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع علــيها " — ومقتضـــى ما تقدم أنه لا يجوز للمحامى أن يتفق مع صاحب الحق على أن يكون أجره حصة عينية من الحق أو نسبة معينة من الحق إذا ثبت بحكم القضاء .

---

(١) الدكتور محمد بعد الظاهر حسين المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل ١٩٩٣ ص ١٩٧ .

(٢) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" الـــنص فى المادة ١١٠ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ يدل على أن مجلـــس النقابة الفرعية يختص بتقدير أتعاب المحامى فى حالة عدم الاتفاق عليها كتابة، وبالتالي فلا يعتد فى هذا الشأن بوجود اتفاق شفهى على تقدير الأتعاب مما يجوز إثباته بغير الكتابة ".

(طعن رقم ٤٣٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٧)

والحكمة من هذا الحظر هى أن المحامى يكون عادة أدرى من صاحب الحق بمدى قوة حقه ، وهو فى سبيل مصلحته الشخصية قد يوهم صاحب الحق أن مركزه ضعيف مما يجعل صاحب الحق يقبل أن يكون أجر المحامى جزءا من الحق ذاته ، فحتى يحمى القانون المحامى من نفسه ، ويحمى أصحاب الحقوق من انحراف بعض المحامين ، ويحيط العدالة وكل القائمين بها بما هو واجب من الاحترام، وضع هذا الحظر [1].

---

(١) **وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :**

" وإن كانت المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٧ تقضى بأنه لايجوز للمحامى أن يتفق على أجر ينسب إلى قدر أو قيمة ما هو مطلوب فى الدعوى أو ما يحكم به فيها وبصفة عامة لا يجوزله أن يعقد اتفاقا من شأنه أن يجعل له مصلحة فى الدعوى وأن كل اتفاق من هذا القبيل يعتبر باطلا إلا أن البطلان فى هذه الحالة إنما ينصرف إلى تحديد قيمة الأتعاب المتفق عليها ولا يترتب عليه حرمان المحامى من حقه فى الأتعاب مادام قد قام بالعمل الموكل فيه وإنما يكون على القاضى أن يستبعد التقدير المتفق عليه ويقوم هو بتقدير أتعاب المحامى وفقا لما يستصوبه مراعيا فى ذلك الجهد الذى بذله وأهميته فى الدعوى وثروة الموكل ومن ثم فإذا قضت محكمة الاستئناف برفض الدعوى المرفوعة من المحامى بطلب أتعابه استنادا إلى بطلان الاتفاق الحاصل بينه وبين موكله على تقدير الأتعاب ولم تعمل سلطتها فى تقدير ما يستحقه مقابل العمل الذى وكل فى أدائه وقام به فعلا فإن حكمها يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٣٤٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٠)

كما قضت محكمة النقض بأن :

" تحظر المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على المحامين التعامل مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا . فإذا كان الثابت من عقد=

ويســـرى هذا الحظر على الاتفاق على تقاضى المحامى نسبة معينة من قيمة المطلوب فى الدعوى .

وهذا الاتفاق إن تم كان باطلا ، ولكن لا يترتب عليه حرمان المحامى من الأتعاب ، وإنـــما يكون على القاضى أن يستبعد التقدير المتفق عليه ويقوم هو بتقدير أتعاب المحامى .

= البـــيع أن الطـــاعن قد اشترى العقار المبين فيه بصفته وليا طبيعيا على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلا إلا إذا ثبت أنـــهما كانا اسما مستعارا لوالدهما الطاعن الأول. فإذا كان الطاعـــنان قـــد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذى أيده الحكم المطعون فيه لم يبين ما إذا كان اسم المشتريين مستعارا من عدمه ، وكان ذلك دفاعا جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الدفاع وقضى بالبطلان دون التثبت من أن المشتريين كانا اسما مستعارا للطاعن يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/١٩)

٢- " لـــئن كـــان الـــنعي فى المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على أنه " لايجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يـــتولون الدفـــاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقـــد بـــاطلا " إلا أنه لا يوجد ما يمنع إذا انتهى النـــزاع فى الحق أن يتعامل المحامى فيه مع موكله إن أصبح الحق غير متنازع فيه " .

(طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/٦/١٢)

وكانـــت الفقـــرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة تقضى بأن : "ويجب ألا تزيد الأتعاب على عشرين فى المائة ولاتقل عن خمسة فى المائة من قيمة ما حققه المحامى من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير".

فهذا النص يجيز أن تكون أتعاب المحامى بنسبة معينة من قيمة الكسب الذى حققه المحامى ، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية الفقـــرة فيما قررته من أن لا تقل الأتعاب المستحقة عن ٥% من قيمة ما حققه من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير فى حكمها الصادر بتاريخ ١٢فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ ق " دستورية" (المنشـــور بالعـــدد رقم ٩ (تابع)من الجـــريدة الرسمية فى ١٩٩٤/٣/٣) (منشور فى هامش بند ٣٢٩).

غـــير أنـــه يجـــوز الاتفاق على أتعاب أكبر فى حالة كسب الدعوى وأتعـــاب أقـــل فى حالـــة خسارتـــها ،فيجوز جعل حد أعلى وحد أدنى للأتعـــــاب، ويتفاوت المقدار الواجـــب دفعه بين الحـــدين بحسب نتيجة الدعوى[1].

ويجـــوز الاتفـــاق على تقاضى المحامى الأتعاب المتفق عليها فى حالة كســـب الدعـــوى فقط بل يجوز الاتفاق على أن يلتزم المحامى مصاريف الدعوى فى حالة الخسارة ، أو فى حالة الصلح .

ويجوز تعجيل جـــزء من الأتعاب وإرجاء باقيها إلى ما بعد الحكم فى الدعوى .

---

(١) السنهورى ص ٦٨٧ هامش (١) .

٣٣١ ـ الاتفاق شفاهة على الأتعاب :

إذا اتفق الطرفان على أتعاب المحامى كتابة ، فإن الاتفاق الكتابى يكون سندا للمحامى للمطالبة بحقه أمام القضاء، سواء بطريق استصدار أمر بالأداء إذا توافرت شروطه أو عن طريق الدعوى أمام المحكمة المختصة قيميا .

أما إذا كان الاتفاق بين الطرفين على أتعاب المحامى شفاهة . وحدث خلاف بين المحامى وموكله بشأن هذه الأتعاب فقد رسمت المادة ٨٤ من قانون المحاماة طريقا يتعين على المحامى اتباعه ، وهو التقدم بطلب إلى النقابة الفرعية التى يتبعها بما يحدده من أتعاب ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلس النقابة الفرعية من ثلاثة من أعضائه ويخطر الموكل بالحضور أمامها لإبداء وجهة نظره .

وعلى اللجنة أن تتولى الوساطة بين المحامى وموكله ، فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما ، فصلت فى موضوع الطلب خلال ستين يوما على الأكثر بقرار مسبب ، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة .

وإذاقبل الطرفان ما تعرضه عليهما حررمحضر بذلك يوقع عليه الطرفان مع ممثل النقابة الفرعية وتوضع عليه الصيغة التنفيذية بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختص وذلك بغير رسوم .

ونظمت المادة ٨٥ من القانون طريق الطعن فى قرار التقدير الذى يصدر من اللجنة .

وهذه اللجنة إدارية ذات اختصاص قضائى .

ومن ثم كان ينعقد الاختصاص النوعى لهذه اللجنة فى الفصل فى طلب تقدير الأتعاب .فإذا لجأ المحامى إلى المحكمة مباشرة قضت بعدم اختصاصها بنظر الدعوى [١].

غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ ٥ يونية سنة ١٩٩٩ فى القضـية رقم ١٥٣ لسنة ١٩ قضائية " دستورية" بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٨٤) من قانون المحاماة الصادر القانون رقم ١٧ لسـنة ١٩٨٣، وبسقوط كل من فقرتـها الثالثة والمادة (٨٥) من هذا القانون ، وقد نشـر الحكم بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٩/٦/١٧ العدد (٢٤) [٢] وبالتالي أصبحت المحاكم هى المختصة بتقدير أتعاب المحامى .

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

١- " ناطت المادة ٤٦ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بالمحاماة أمام المحاكم بمجلس نقابة المحامين تقدير أتعاب المحامى إذا اختلف عليها مع الموكل و لم يكن بيـنهما اتفاق مكتوب بشأنـها . وقد جاء نص هذه المادة عاما لا يفرق بين محـام مشـتغل وآخر غير مشتغل بل إنـها جعلت المناط فى قبول الطلب أن يكـون مـتعلقا بأتعاب محام عن عمل من أعمال المحاماة ، وعلى ذلك يكون شـرط الاشتغال بالمحاماة منوطا بوقت أداء العمل الذى يطلب تقدير الأتعاب عنه لا بوقت طلب التقدير " .

(طعن رقم ٥٧٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

٢- " الـنص فى المادة ١١٠ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ يدل على أن مجلس النقابة الفرعية يختص بتقدير أتعاب المحامى فى حالة عدم الاتفاق عليها كتابة، وبالتالي فلا يعتد فى هذا الشأن بوجود اتفاق شفهى على تقدير الأتعاب مما يجوز إثباته بغير الكتابة " .

(طعن رقم ٤٣٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٧)

(١) وننشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يأتى : -

باسم الشعب
المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٥ يونية سنة ١٩٩٩م الموافق ٢٠ صفر سنة ١٤٢٠هـ .

برئاسة السيد المستشار / محمد ولى الدين جلال............ رئيس المحكمة.

وعضوية السادة المستشارين : فاروق عبد الرحيم غنيم وحمدى محمد على وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف والدكتور عبد المجيد فياض وماهر البحيري .

وحضور السيد المستشار/ عبد الوهاب عبد الرازق ... رئيس هيئة المفوضين.

وحضور السيد/ حمدى أنور صابر .... أمين السر .

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٥٣ لسنة ١٩ قضائية "دستورية " .

المقامة من :

السيدة / عزة عبد الحافظ مصطفى .

ضد

أولاً : ورثة المرحوم صلاح الدين محمود الدهرى ، وهم :

١- محمد صلاح الدين محمود الدهرى.

٢- علاء الدين صلاح الدين محمود الدهرى .

٣- هبة صلاح الدين محمود الدهرى .

٤- أميرة على هلالى .

ثانياً : السيد / وزير العدل .

ثالثا : السيد / رئيس مجلس الشعب .

رابعاً : السيد/ نقيب المحامين.

الإجراءات :

بتاريخ ٢ أغسطس سنة ١٩٩٧ ، أودعت المدعية صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طالبة الحكم بعدم دستورية نص المادتين (٨٤ ، ٨٥) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم برفض الدعوى.
وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .
ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة :

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع – على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق – تتحصل فى أن المرحوم/ صلاح الدين محمود الدهرى المحامى كان قد تقدم بالطلب رقم ١٠٦ لسنة ١٩٩٥ إلى نقابة المحامين الفرعية بالجيزة ، لتقدير أتعابه بمبلغ خمسين ألف جنيه عن القضايا التى باشر الدفاع فيها عن المدعية ، وبتاريخ ١٩٩٦/١٠/١٥ أصدرت اللجنة المختصة بالنقابة قراراً بتقدير أتعابه بمبلغ اثنين وعشرين ألف جنيه، وإذ لم ترتض المدعية هذا القرار فقد أقامت- والمدعى عليهم الأربع الأول بصفتهم ورثة المحامى- الاستئنافين رقم ١٦٣٠٦، ١٦٣٣٣ لسنة ١١٣ قضائية أمام محكمة استئناف القاهرة طعنا فيه ، وأثناء نظرهما دفعت المدعية بعدم دستورية المادتين (٨٤ ، ٨٥) من قانون المحاماة . وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع ، فقد صرحت لها بإقامة دعواه الدستورية ، فأقامت الدعوى الماثلة .

وحيث إن المادتين – الطعينتين – تنصان على ما يأتى :

مادة ٨٤- " للمحامى إذا وقع خلاف بينه وبين موكله بشأن تحديد أتعابه فى حالة عدم الاتفاق كتابة عليها أن يقدم إلى النقابة التى يتبعها طلبا بما يحدده من أتعاب، ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلس النقابة الفرعية من ثلاثة من أعضائه ويخطر الموكل بالحضور أمامها لإبداء وجهة نظره .

وعلى اللجنة أن تتولى الوساطة بين المحامى وموكله ، فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما ، فصلت فى موضوع الطلب خلال ستين يوما على الأكثر بقرار مسبب ، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة .

=وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما حرر محضر بذلك يوقع عليه الطرفان مع ممثل النقابة الفرعية وتوضع عليه الصيغة التنفيذية بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختص وذلك بغير رسوم " .

مادة ٨٥ - " لايجوز الطعن فى قرارات التقدير التى تصدرها النقابات الفرعية إلا بطريق الاستئناف خلال عشرة أيام من تاريخ إعلان القرار ويرفع الاستئناف للمحكمة الابتدائية التى يقع بدائرتها مكتب المحامى إذا كانت قيمة الطلب خمسمائة جنيه فأقل وإلى محكمة الاستئناف إذا جاوزت القيمة ذلك.

ولايكون قرار التقدير نافذا إلا بعد انتهاء ميعاد الاستئناف أو صدور الحكم فيه وتوضع الصيغة التنفيذية على قرارات التقدير النهائى بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختص وذلك بغير رسوم " .

وحيث إن المدعية تنعى على المادتين الطعينتين مخالفتهما لأحكام المواد (٨،٤٠،٦٥،٦٨،١٦٥) من الدستور تأسيسا على أن أولاهما آثرت المحامى - دون موكله - بالحق فى اللجوء إلى اللجنة المشكلة وفقا لها ، لإصدار قرار بتقدير الأتعاب عند الخلاف بشأنها ، وجعلت ثانيتهما الاستئناف طريقا للطعن فى قرارات هذه اللجنة - رغم كونها لجنة نقابية تفتقد العنصر القضائى فى تشكيلها- فحرمت الخصوم _ بذلك - من التداعى فى شأن حقوقهم أمام محكمة أول درجة ، كما قصرت ميعاد الطعن فى هذه القرارات إلى عشرة أيام خلافا للميعاد المقرر فى قانون المرافعات مما يخل بمبدأى تكافؤ الفرص ومساواة المواطنين فى الحقوق والواجبات ، فضلا عن أن هاتين المادتين تجعلان المحامى خصما وحكما فى آن واحد ، كما أن قانون المحاماة يخلو من تنظيم إجراءات رد أعضاء اللجنة وهم زملاؤه الذين تربطه بهم مصالح مهنية متبادلة ، الأمر الذى يفقد اللجنة ضمانة التجرد والحيدة التى يتحقق بها الفصل فى المنازعة بطريقة منصفة ، ويحرم ذوى الشأن من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى ، وينطوى على اعتداء على استقلال السلطة القضائية وإهدار لمبدأ الخضوع للقانون .

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن التمييز بين الأعمال القضائية وبين غيرها من الأعمال التى قد تلتبس بها إنما يقوم على مجموعة من=

=العناصر لاتتحدد بـــها ضوابط هذا التمييز على وجه قطعى، ولكنها تعين عـــلى إبراز الخصائص الرئيسية للعمل القضائى ، ومن بينها أن إسباغ الصفة القضـــائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل فى نـــزاع معين ، يفترض أن يكون تشكيلها واستقلالها كاشفين عن حيدتـــها عند الفصل فى النـــزاع ومؤديين إلى غيريتها فى مواجهة أطرافه ، وأنه فى كل حال يتعين أن يـــثير الـــنـــزاع المطروح عليها ادعاء قانونيا يبلور الحق فى الدعوى كرابطة قانونـــية تـــنعقد الخصومة القضائية من خلالها وبوصفها الوسيلة التى عينها المشرع لاقتضاء الحقوق المدعى بـــها ، وبمراعاة أن يكون إطار الفصل فيها محددا بـــما لايخل بالضمانات القضائية الرئيسية التى لايجوز النـــزول عنها والـــتى تقوم فى جوهرها على إتاحة الفرص المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها، وتمحـــيص ادعاءاتـــهم ، على ضوء قاعدة قانونية نص المشرع عليها سلفا ، محـــددا على ضوئها حقوق كل من المتنازعين فى تجرد كامل، ليكون القرار الصـــادر فى الـــنـــزاع مؤكدا للحقيقة القانونية مبلورا لمضمونـــها فى مجال الحقوق المدعى بـــها ، لتفرض هذه الحقيقية نفسها- وبافتراض تطابقها مع الحقيقة الواقعة — على كل من ألزمه المشرع بـــها .

وحيث إن البين من قانون المحاماة المشار إليه، أن للمحامى-بنص المادة (٨٢) مـــنه- الحق فى تقاضى الأتعاب ، وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله — عما يقوم به من أعمال المحاماة ، فضلاعن حقه فى استرداد ما أنفقهمن مصروفات فى سبيل مباشرة الأعمال التى وكل فيها ، فإذا لم يكن ثمة اتفاق كتابى بينهما عـــلى الأتعـــاب ، واختلفا فى تقديرها، فقد رسم القانون أسلوب تحديدها وطريق اقتضائها فى المادتين (٨٤و٨٥) المشار إليهما على النحو المبين فيها .

وحيث إن مؤدى المادة (٨٤) من قانون المحاماة ، أن اللجنة المشكلة طبقا لها يخلـــو تشـــكيلها من العنصر القضائى ، وأن المشرع لم يقرر لها كيانا ذاتيا مســـتقلا عـــن النقابة الفرعية، وأن أعضاءها- بحكم موقعهم على القمة من تنظـــيمهم الـــنقابى — إنـــما ينظرون المنازعة بشأن تقدير أتعاب المحاماة فى كـــنف نقابـــتهم ، التى تعنى أساسا بالمصالح المهنية الخاصة لأعضائها ، وأن المشـــرع لم يكفـــل لطرح النـــزاع على هذه اللجنة الضمانات الجوهرية للتقاضـــى التى ينطوى تحتها حق كل خصم فى عرض دعواه وطرح أدلتها=

=والـــرد على ما يعارضها على ضوء فرص يتكافؤ أطرافها فيها جميعا ، بل فـــرض عـــلى هـــذه المنازعة نـــهجا إجرائيا حائفا فقصر اللجوء إليها على المحـــامى ، وأوصد بابه على موكله ، فلم يجز له أن يعرض – ابتداء- ظلامته عليها إذا ما اقتضت مصلحته ذلك ، بل عليه أن يتربص الطلب الذى يتقدم بـــه المحامى حين يشاء ، كى يطرح عليها أقواله ، الأمر الذى يخل بالتوازن الذى تفرضه علاقة الوكالة القائمة بينهما ، إجحافا بمصلحة الموكل وترجيحا لمصـــلحة المحـــامى عليها ، كما أرهق المشرع الحق فى الالتجاء مباشرة إلى المحكمـــة المختصة فى شأن الأتعاب محل الخلاف بـــما استلزمه من أن تكون اللجـــنة قـــد تقاعست عن الفصل فى موضوع الطلب – بقرار مسبب – خـــلال ستين يوما قبل ولوجهما طريق التقاضى ، إذ كان ذلك ، وكانت اللجـــنة فى مباشرتـــها لعملها المنوط بـــها لاتبدو مبرأة من امتزاجه بالعمل الـــنقابى ، ممـــا يثير الريب حول حيدتـــها ، ويزعزع ضمانة الاستقلال التى كان ينبغى أن تحيط بأعضائها بـــما لاتستقيم معه غيرتيها فى مواجهة أطراف المـــنازعة، فإن هذه اللجنة لاتعتبر- إزاء المنازعة التى اختصها المشرع بالفصل فـــيها- هيئة ذات اختصاص قضائى ، ومن ثم ، فإن قرارها فى هذه المنازعة لايصدق عليه وصف القرار القضائى ، بـــما يخرجها – وبالتالى- من مفهوم القاضى الطبيعى .

وحيث إن الدستور بـــما نص عليه فى المادة (٦٨) من أن لكل مواطن حق الالـــتجاء إلى قاضـــيه الطبـــيعى قد دل – وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمـــة- على أن هذا الحق فى أصل شرعته هو حق للناس كافة تتكافأ فيه مراكـــزهـــم القانونـــية فى ســـعيهم لرد العدوان على حقوقهم دفاعا عن مصـــالحهم الذاتـــية ، وقد حرص الدستور على ضمان إعمال هذا الحق فى محتواه المقرر دستوريا بـــما لايجوز معه قصر مباشرته على فئة دون أخرى أو إجازته فى حالة بذاتـــها دون سواها، أو إرهاقه بعوائق منافية لطبيعته لضمان أن يكـــون النفاذ إليه حقا لكل من يلوذ به غير مقيد فى ذلك إلا بالقيود التى يقتضـــيها تنظـــيمه والـــتى لايجوز بحال أن تصل فى مداها إلى حد إعناته أو مصادرته ، وإذ كان حق التقاضى من الحقوق العامة التى كفل الدستور بنص المادة (٤٠) المساواة بين المواطنين فيها، فإن حرمان طائفة من هذا الحق مع=

= تحقق مناطه - وهو قيام المنازعة فى حق من حقوق أفرادها - إنما ينطوى على إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرموا من هذا الحق .

وحيث إنه إذا كان ماتقدم ، وكان المشرع - بالنص المطعون فيه - قد أوكل إلى اللجنة المشار إليها - على الرغم من أنها ليست هيئة ذات اختصاص قضائى على نحو ما تقدم - الفصل فى منازعة من طبيعة قضائية ، واستلب ولاية القضاء فيها من قاضيها الطبيعى ، وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الناس جميعا لا يتمايزون فيما بينهم فى مجال حقهم فى النفاذ إلى قاضيهم الطبيعى ، ولا فى نطاق القواعد الإجرائية أو الموضوعية التى تحكم الخصومة القضائية ولا فى مجال التداعى بشأن الحقوق المدعى بها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروطها، إذ ينبغى دوماً أن يكون للخصومة الواحدة قواعد موحدة سواء فى مجال اقتضائها أو الدفاع عنها أو الطعن فى الأحكام التى تصدر فيها . متى كان ذلك وكان الخلاف بين المحامى وموكله حول تقدير الأتعاب إنما يندرج فى دائرة الخلاف بين الأصيل والوكيل بأجر عند عدم الاتفاق على أجر الثانى ، باعتبار أن جميع هذه المنازعات متحدة فى جوهرها متماثلة فى طبيعتها ، فإن إفراد الخلاف بشأن تحديد أتعاب المحامى بنظام إجرائى خاص لفضه ينبو عن نظام التداعى بشأن تحديد أجر الوكيل - دون أن يستند ذلك إلى مبرر منطقى لهذه المغايرة - يصم هذا التنظيم التشريعى الخاص بمخالفة الدستور .

وحيث إنه لما كان ما تقدم ، فإن نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٨٤) يكون قد مايز - فى مجال ممارسة حق التقاضى - بين المواطنين المكافئة مراكزهم القانونية ، دون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية، بما يمثل إخلالا بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ، وتعويقاً لحق التقاضى واعتداء على استقلال السلطة القضائية ، مخالفا بذلك أحكام المواد (١٦٧،١٦٥،٦٨،٤٠) من الدستور .

وحيث إن القضاء بعدم دستورية الفقرتين المشار إليهما يؤدى - بحكم اللزوم العقلى - إلى سقوط الفقرة الثالثة من المادة (٨٤) ، والمادة (٨٥) برمتها ، وذلك لارتباطهما بالفقرتين الأولين ارتباطاً لايقبل التجزئة بحيث تكون =

وتــرفع الدعــوى أمام المحكمة المختصة قيمياطبقا للقواعد العامــة المنصوص عليها فى قانون المرافعات.

٣٣٢- العوامل التى تراعى فى تقدير أتعاب المحامى :

ينص صدر الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن " **ويدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامى والنتيجة التى حــققهــا وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامى**".

وقد رأينا أن المحكمة الدستورية العليا قضت فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٢/١٢ فى القضــية رقــم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة سالفة الذكر من الاعتداد بملاءة الموكل كأحد العناصر التى تدخل فى تقدير أتعاب محاميه .

=جمــيعها كــلاً واحداً لا يتجزأ ، مما لا يتصور معه أن تقوم لهذه النصوص قائمة بغيرهما أو إمكان إعمال أحكامها فى غيبتهما .

فلهذه الأسباب

حكمــت المحكمة بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٨٤) من قــانون المحامــاة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ ، وبسقوط كل من فقــرتــها الثالــثة ، والمــادة (٨٥) مــن هذا القانون ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

أمين السر **رئيس المحكمة**

وقــد أوضحت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٢/١٢ فى القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ ق " دستورية" الغالبية العظمــى مــن العوامل التى يجب مراعاتــها عند تقدير أتعاب المحامى وهى :

١- حقــيقة الجهــد والــزمن الذى بذله المحامى وكان لازما لإنجاز الأعمال التى وكل فيها .

٢- جدة المسائل التى قام ببحثها ودرجة تشابكها أو تعقدها .

٣- مـــا اقتضاه تنفيذ المسائل التى وكل فيها بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية .

٤- مـــا إذا كان تنفيذ الأعمال التى عهد إليه الموكل بــها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى.

٥- الأجر المقرر عرفا مقابلا معقولا لها .

٦- القــيود الزمنية التى يكون الموكل قد فرضها على المحامى لإنجاز الوكالة وكذلك تلك التى أملتها ظروفها .

٧- النــتائج الــتى يكــون محاميه قد بلغها فى شأن المبالغ التى يتردد النــزاع حولها .

٨- مكانة المحامى ومقدرته وشهرته العامة .

٩-طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه وعمق امتدادها فى الزمان.

١٠- الأتعاب التى تقررت لغيره من المحامين فى الدعاوى المماثلة .

١١- ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التى وكل فيها بالنظر إلى ملابساتــها .

إذ جرى قضاؤها على أن :

"وحيث إن الأصل المقرر قانونا أن تتكافأ الأتعاب التى يحصل عليها المحامى تنفيذا لعقد الوكالة مع قيمة الأعمال التى أداها فى نطاقها ، ذلك أن الوكالـــة من عقود القانون الخاص التى تتوازن المصالح فيها ، ولا تميل الحقـــوق الناشـــئة عنها فى اتجاه أحد طرفيها ، ويتعين بالتالى أن يكون تقديـــر أجر المحامى عن الأعمال التى قام بـــها — فى إطار عقد الوكالة وتنفـــيذا لمقتضـــاها — معقولا ، فلا يكون أجر الوكيل عنها مبالغا فيه مـــرهقا الموكـــل فى غير مقتض وإلا كان تقديره تحكميا مجاوزا الأسس الموضوعية التى يتعين أن يتحدد على ضوئها توصلا إلى تقديره دون زيادة أو نقصان، وبعيدا عن شبهة الممالأة . أو التحمل . ولازم ذلك أن يكون أجـــر المحامى متناسبا مع الأعمال التى أداها، وأن يقدر بمراعاة أهميتها ، وعلى ضوء مختلف الظروف ذات العلاقة المحلية بـــها ويندرج تحتها بوجه خاص القيمة الفنية لهذه الأعمال ، والجهد الذى بذله المحامى فى إنجازها عمقا وزمنا ، والعوارض الاستثنائية التى قد واجهته فى تنفيذها ، وصعوبة أو تعقـــد الأعمـــال التى أداها ومظاهر تشعبها ، والنتائج التى حققها من خلالهـــا، ومـــا عاد على الوكيل منها من فائدة . ومن ثم تكون حقيقة الأعمـــال التى قام بـــها المحامى هى ذاتـــها مناطا لتحديد أجره ، ويتعين بوجه عام أن يكون مرد الاعتداد بـــها عائدا إلى العناصر الواقعية المختلفة الـــتى يـــتحدد بـــها نطاقها ووزنـــها ، وبـــما لا إخلال فيه بالظروف الموضـــوعية المتصلة بـــها . ودون ذلك ، فإن تقدير أجر المحامى يكون مـــنطويا على عدوان على الحقوق المالية للموكل ، وهى حقوق حرص الدســـتور عـــلى صونـــها ، ومن ثم كان ضروريا أن يقدر أجر المحامى بمـــراعاة كـــل العوامل التى تعين على تحديده تحديدا منصفا ، وهى بعد

عوامل لا تستغرقها قائمة محددة من أجل ضبطها وحصرها ، وإن جاز أن يكون من بينها : **أولاً** : حقيقة الجهد والزمن الذى بذله المحامى وكـــان لازمـــا لإنجـــاز الأعمال التى وكـــل فيها ، **ثانيا**: جدة المسائل التى قام ببحـــثها ودرجـــة تشابكها أو تعقدها . **ثالثا**: ما اقتضاه تنفيذها بالدقة الكافـــية من الخبرة والمهارة الفنية. **رابعا**: ما إذا كان تنفيذ الأعمال التى عهد إليه الموكل بـــها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى . **خامسا** : الأجر المقرر عرفا مقابلا معقولا لها . **سادساً** : القيود الزمنية التى يكون الموكـــل قد فرضها على المحامى لإنجاز الوكالة وكذلك تلك التى أملتها ظـــروفها. **سابعاً** : النتائج التى يكون محاميه قد بلغها فى شأن المبالغ التى يـــتردد النـــزاع حولها . **ثامنا** : مكانة المحامى ومقدرته وشهرته العامة . **تاســـعاً** : طبـــيعة العلاقـــة المهنية بين الموكل ومحاميه وعمق امتدادها فى الـــزمان. **عاشـــرا** : الأتعاب التى تقررت لغيره من المحامين فى الدعاوى المماثلـــة. **حـــادى عشر**: ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التى وكل فيها بالنظر إلى ملابساتـــها.

وحيـــث إنه متى كان ما تقدم ، وكانت العوامل الموضوعية وحدها هـــى التى يعتد بـــها فى تقدير أتعاب المحامى باعتبارها مرتبطـــة بطبيعة الأعمال التى أدها ومبلغ أهميتها ومحصلتها النهائية وغير ذلك من الظروف ذات العلاقة المحيطة بـــها وثيقة الاتصـــال بالتالى بقيمة هـــذه الأعمال منظورا فى ذلك إلى عناصـــرها الواقعية والجهد الذى لازمها وكان يلزم عقلا أن يبذل فيها . وجب استبعاد ما عداها مما لايندرج تحتها" .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " لايدل نص المادة ١١٤ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ على أن الفائدة التى يحققها المحامى لموكله تقدر بقيمة العمل موضوع طلب التقدير كله ، وإنما تقدر الأتعاب على أساس ما بذله المحامى من عمل يتفق وصحيح القانون وما اقتضاه هذا العمل من جهد يعتبر لازما للوصول إلى الفائدة التى حققها لموكله وذلك كله مع مراعاة أهمية الدعوى وقيمة تلك الفائدة التى تحققت للموكل فيها على ألا تزيد الأتعاب على عشرين فى المائة من قيمة تلك الفائدة ولاتقل عن خمسة فى المائة منها " .

(ب)- " تقدير الفائدة التى حققها المحامى لموكله مما تستقل محكمة الموضوع باستخلاصه من الوقائع دون أن يعيب حكمها أنها لم تشر لنصوص قانون المحاماة طالما أن قضاءها يتفق والتطبيق الصحيح لهذا القانون " .

(طعن رقم١٣٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٢٢)

٢- " تنص المادة ١١٤ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المحاماة على أن " يدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامى والنتيجة التى حققها .... " وبيان هذه الأمور يكون من العناصر الجوهرية التى يجب على الحكم استظهارها عند القضاء بالأتعاب، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه رغم إحالته على أسباب قرار مجلس النقابة، لم يبين الأعمال التى قام بها الطاعن- المحامى- وأهميتها وما بذله من جهد والنتيجة التى حققها فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب".

(طعن رقم ٢٥٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٨)

٣٢٣- استحقاق المحامى الأتعاب ولو كان غير مقيد أمام المحكمة المرفوع إليها الدعوى :

يستحق المحامى الأتعاب المتفق عليها ولوكان غير مقيد أمام المحكمة المرفوعة إليها الدعوى ، ذلك أن المحامى له أن يستعين بمحامين آخرين لإنهاء العمل الذى كلف به .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"... كما أيد الحكم المطعون فيه قرار النقابة فى تقديره لأتعاب المطعون عليه عن القضايا التى باشرها على أن الطاعن لم يجادل فى أن المطعون عليه قد باشر تلك الأعمال القضائية بتكليف منه حسبما هو واضح من المذكرات ومن محاضر الجلسات ولايحول دون ذلك أن بعض القضايا لايجوز للمطعون عليه الحضور فيها لعدم قيده أمام محاكم الاستئناف لأن للمحامى أن يستعين بمحامين آخرين لإنهاء العمل الذى كلف به " .

(طعن رقم ٦٦٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/١٨)

إلا أنه يجب أنه يكون هناك عقد وكالة بين المحامى والموكل ، وأن يستمر هذا العقد وقت قيام العمل الموكول إليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مقتضى نص المواد ٤٦ ، ٤٧ ، ٥٠ ، ٥١ من القانون ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بشأن المحاماة أمام المحاكم أنه لايجوز للمحامى أن يطالب خصما بمقابل أتعابه على أساس هذا القانون إلا إذا كانت تربطه به صلة الوكالة".

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/١٢)

٢- " ناطــت المادة ٤٦ من القانون رقم ١٩٦ لسنة ١٩٥٧ بالمحاماة أمــام المحاكم بمجلس نقابة المحامين تقدير أتعاب المحامى إذا اختلف عليها مع الموكل ولم يكن بينهما اتفاق مكتوب بشأنــها . وقد جاء نص هذه المــادة عاما لايفرق بين محام مشتغل وآخر غير مشتغل بل إنــها جعلت المــناط فى قبول الطلب أن يكون متعلقا بأتعاب محام عن عمل من أعمال المحامــاة ، وعــلى ذلك يكون شرط الاشتغال بالمحاماة منوطا بوقت أداء العمل الذى يطلب تقدير الأتعاب عنه لابوقت طلب التقدير " .

(طعن رقم ٥٧٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

٣٣٤- استحقاق المحامى الأتعاب ولو جوزى بالمنع من مزاولة المهنة:

إذ جــوزى المحــامى بالمــنع مــن مزاولة المهنة لارتكاب مخالفة من المخالفات المنصوص عليها بالمادة ٩٨ من قانون المحاماة ١٧ لسنة ١٩٨٣. فإنه يترتب على ذلك نقل اسمه إلى جدول المحامين غير المشتغلين ولايجوز له فتح مكتبه طوال مدة المنع . ومع ذلك يبقى خاضعا لأحكام القانون. وإذا زاول المحامى مهنته فى فترة المنع يعاقب تأديبيا بمحو اسمه نــهائيا من الجــدول (م١٠٠) . ومؤدى ما تقدم أن المشرع لم يرد أن ينــزع عن المحامى الذى يجازى بالمنع من مزاولة المهنة صفته كمحام ، وأن مباشرته لأعمال مهنته رغم استبعاد اسمه لايبطل عمله، وإنــما يعرضه للمحاكمة التأديبــية . ومــن ثم يستحق المحامى الأتعاب المتفق عليها طالما قام بأداء واجبه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفـــاد نـــص الفقرة الرابعة من المادة ٢٢ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الخـــاص بالمحامـــاة ، والذى كان ساريا وقت نظر الاستئناف أن الجزاء الذى رتبه القانون على من زاول أعمال مهنة المحاماة رغم استبعاد اسمه من جدول المحامين هو إحالته على مجلس التأديب لتوقيع الجزاء الذى فرضـــه القـــانون لهـــذه المخالفة وأن هذا الاستبعاد يزول بمجرد سداد الاشـــتراك المتأخر ومؤدى ذلك أن المشرع لم يرد أن ينـــزع عن المحامى الـــذى لم يقـــم بسداد الاشتراك فى الميعاد صفته كمحام ، وأن مباشرته لأعمال مهنته رغم استبعاد اسمه لايبطل عمله، وإنـــما يعرضه للمحاكمة التأديبـــية ، وذلك أيضا هو ما ذهب إليه قانون المحاماة الجديد رقم ٦١ لســـنة ١٩٦٨ الـــذى جعل العقوبات التأديبية بالمادة ١٤٢ تتدرج من الإنذار إلى اللوم إلى المنع من مزاولة المهنة ، ثم إلى محو الاسم نـــهائيا من الجـــدول وصرح فى المادة ١٤٤ بأن منع المحامى من مزاولة مهنة يترتب علـــيه نقل اسمه إلى جدول المحامين غير المشتغلين ومنعه من فتح مكتبه ، كما أنه وإن نص فى المادة ١٦٧ على أن تخلف المحامى عن أداء الاشتراك رغـــم إعذاره يجعل اسمه مستبعدا من الجدول بقوة القانون ، إلا أنه رتب على الوفاء بالاشتراك المذكور إعادة الاسم إلى الجدول بغير إجراءات مع احتساب مدة الاستبعاد فى الأقدمية والمعاش. وإذ كان الثابت من الحكم المطعـــون فـــيه أن المحامى الذى وقع صحيفة الاستئناف كان مقيدا أمام محاكم الاستئناف حتى سنة ١٩٦٧ ، واستبعد اسمه من الجدول فى الفترة الـــتى وقع فيها علي صحيفة الاستئناف بسبب تأخره عن سداد اشتراك

الـــنقابة وكان الحكم المطعون فيه قد قضى ببطلان هذه الصحيفة استنادا إلى أن اســـم المحـــامى الذى وقعها مستبعد من الجدول فخلط بذلك بين زوال صـــفة المحامى عنه وبين استبعاد اسمه من الجدول بصفة مؤقتة ، مما لاينـــزع عنه صفته كمحام ، فإنه يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٦٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/٤)

٣٣٥ ـ تعديل القاضى لأتعاب المحامى :

راجع بند (٣٢٤) .

٣٣٦ـ عدم جواز تعديل الأتعاب المدفوعة طوعا بعد تنفيذ الوكالة:

راجع بند (٣٢٥) .

٣٣٧ـ ضمان خاص لأتعاب المحامين :

تنص المادة ٨٨ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن :

" لأتعـــاب المحامين وما يلحق بـــها من مصروفات امتياز يلى مباشرة حق الخزانة العامة على ما آل إلى موكله نتيجة عمل المحامى أو الحكم فى الدعـــوى موضوع الوكالة وعلى ضمانات الإفراج والكفالات أيا كان نوعها " .

فالامتـــياز يرد على ما آل إلى الموكل نتيجة إما عمل المحامى أو الحكم فى الدعـــوى موضوع الوكالة ، وعلى ضمانات الإفراج والكفالات أيا كان نوعها . سواء كان ما آل إلى الموكل منقولا أو عقارا فهو حق امتياز خاص يرد على العقار والمنقول .

وتأتى مرتبة هذا الامتياز بعد امتياز المصروفات القضائية التى أنفقت فى حفـــظ أموال المدين وبيعها (مادة ١١٣٩ مدنى) وامتياز المبالغ المستحقة

للخـــزانة العامة من ضرائب ورســـوم والحقوق الأخـــرى المذكورة فى المـــادة ١١٣٩ مـــدنى. ولكنه يتقدم على سائر حقوق الامتياز الأخرى المنصوص عليها فى المواد التالية .

ويتقدم المحامى بأتعابه على سائر الدائنين ، ولو كان لهم حق عينى على هذا العقار كامتياز أو رهن أو اختصاص ما لم يكن هذا الحق العينى مقيدا قبل أن يرفع المحامى دعواه بالأتعاب [١].

٣٣٨ـ سقوط الأتعاب بالتقادم :

تنص المادة ٨٦ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن :

" يســـقط حق المحامى فى مطالبة موكله أو ورثته بالأتعاب عند عدم وجود اتفاق كتابى بشأنـــها بمضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء الوكالة أو مـــن تاريخ وفاة الموكل حسب الأحوال . وتنقطع هذه المدة بالمطالبة بـــها بكتاب موصى عليه " .

وهذه المادة تطبيق للقواعد العامة المقررة فى التقادم المسقط المنصوص علـيها بالمـــادة ٣٧٦ مدنى التى تجرى على أن : " تتقادم بخمس سنوات حقـــوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات".

---

(١) السنهورى ص ٧٠٤ .

كما تنص المادة ٣٧٩ مدنى أن : " ١- يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكـــورة فى المـــادتين ٣٧٦ ، ٣٧٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتـــهم ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى .

٢- وإذ حرر سند بحق عن هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة " .

فيجب التمييز بين فرضين :

الفرض الأول :

ألا يكون بيد المحامى سند مكتوب بأتعابه :

وفى هذا الفرض يسقط حق المحامى فى مطالبة موكله أو ورثته بالأتعاب من تاريخ انتهاء الوكالة أى تمام العمل الموكول إلى المحامى القيام به . على تقرير أن حقه فى الأتعاب يصبح مستحق الأداء من هذا الوقت .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٥١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ — الذى يحكـــم واقعـــة الدعـــوى على أن يسقط حق المحامى فى مطالبة موكله بالأتعـــاب عند عدم وجود سند بـــها بمضى خمس سنوات ميلادية من تـــاريخ انتهاء التوكيل ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة فى التقادم المسقط ، والمنصوص عليها فى المواد ٣٧٦ ، ٣٧٩، ٣٨١ من التقنين المدنى . وعلى ذلـــك فـــإن مدة التقادم المنصوص عليها فى هذه المادة تسرى من الوقت الـــذى يتم فيه المحامى العمل المنوط به بمقتضى التوكيل الصادر إليه على تقدير أن حقه فى الأتعاب يصبح مستحق الأداء من هذا الوقت ".

(طعن رقم ١٧١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢)

أما إذا كان الموكل قد توفى فإن هذه المدة تبدأ من تاريخ وفاته . وإذا كـــان العميل قد وكل المحامى لمباشرة نـــزاع معين فيجب اعتبار كل ما يتعلق بـــهذا النـــزاع من إجراءات وما يرتبط به من قضايا متعددة كلا لايقبل التجزئة ولا تبدأ مدة التقادم إلا من تاريخ انقضاء التوكيل بالنسبة لهذا النـــزاع أو من تاريخ الفصل فى أوجه النـــزاع .

أما إذا تبين أن الموكل قد وكل المحامى فى جميع المنازعات الخاصة به بـــلا استثناء وأنـــهما اعتادا تسوية الحساب بينهما فى فترات متباعدة مع بقـــاء الحساب جاريا بينهما ففى هذه الحالة لايبدأ التقادم فى السريان إلا من تاريخ انقضاء التوكيل [1].

ويســرى هـــذا التقادم على الأتعاب المستحقة للمحامى فى نـــزاع قضائى اضطلع المحامى بالدفاع فيه أمام القضاء ، وعلى سائر الأتعاب التى يستحقها عن أى عمل قام به لصالح الموكل ولم يطرح أمره أمام القضاء ، كأن يكلف بقسمة شركة انتهت وديا بعقد حرره [2].

ولا تسرى مدة سقوط الأتعاب بالتقادم فى حالة وقف الدعوى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا قررت محكمة الموضوع أن عمل المحامى فى الدعوى لم ينته بقرار الإيقـــاف ، بل إنه كان لايزال مكلفا بمباشرة الدعوى إذا قدمت من بعد

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف التقادم المكسب والمســقط الطبعة الثانية ١٩٦٦ ص ٥٦٦ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٧٠٤ – محمد على عرفه ص ٤٤٦ .

للمحكمة لسبب مــا ، ومن ثم لا يوجب لسريان مــدة سقوط الحق فى الأتعاب ، فــهذا هو تقرير من محكمة الموضوع وفهم منها لحاصل الواقع فى الدعوى مما لا رقابة لمحكمة النقض عليه " .

(طعن رقم ٦٧ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٢/٢٨)

وينقطع التقادم بما يأتى :

١- إقرار المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا (م١/٣٨٤ مدنى).

٢- المطالــبة القضائية ولو رفعت الدعــوى إلى محكمة غير مختصــة (م٣٨٣ مدنى) .

٣- المطالــبة بالأتعاب بكتاب موصى عليه . وهذا الإجراء نص عليه فى المــادة ٢٨٦ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ استثناء من القواعد العامة .

الفرض الثانى :

إذا كان بيد المحامى سند بالأتعاب ، أى اتفاق مكتوب بمقدار الأتعاب أو حكــم أو عقد صلح مصدق عليه من المحكمة ، فإن حق المحامى يسقط بمضى خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الأتعاب أو صدور الحكم أو عقــد الصلح . وهذا ما يتفق مع الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى التى تنص علي أن : " إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة " .

موضوع رقم (٣٠)

(الالتزام الثانى)

(رد المصروفات)

٣٣٩- النص القانونى :

المادة (٧١٠) مدنى :

" على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة . فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها فى شئون الوكالة ، وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك " .

التزام الموكل برد ما بذله الوكيل من نفقات :

٣٤٠- المقصود بالنفقات :

يقصد بالنفقات التى يلتزم الموكل بردها إلى الوكيل ، النفقات اللازمة لتنفيذ الوكالة ، فإذا كانت الوكالة فى شراء عقار أو منقول ، كان ثمن الشراء من النفقات التى يلتزم بها الموكل ، وكذا مصاريف إدارة المصنع أو المتجر الذى عهد الموكل إلى الوكيل بإدارته .

وكذا النفقات التى يبذلها الوكيل من ماله الخاص كمصاريف سفر طويل أو أتعاب خبير .

وهذه النفقات قد يتفق صراحة بين الموكل والوكيل على أن يؤديها الأول للثانى . وقد يكون هناك اتفاق ضمنى على التزام الوكيل بها

يستخلص هذا الاتفاق من الظروف ، كأن تدل الظروف على أن الموكل يلـــتزم بإعطاء الوكيل مقدما ما ينفق منه على شئون الوكالة ، كالمحامى يتقاضى من موكله مقدما الرسوم القضائية الواجب دفعها ، وكأن يوكل الوكـــيل فى شراء منـــزل فيكون‌له أن يتقاضى الثمن أو فى شراء أسهم وسندات فيكون له أن يتقاضى قيمتها .

ويدخل فى هذه النفقات ما يكون الوكيل قد التزم به شخصيا نحو الغير فى ســـبيل تنفيذ الوكالة ، إما لأن التنفيذ استوجب منه ذلك ، وإما لأنه يعمل مسخرا باسمه الشخصى ولحساب الموكل كما سنرى [١].

وكان المشروع التمهيدى للمادة ٧١٠ يتضمن فقرة ثانية فى هذا المعنى تجرى على ما يأتى :

" ويلتزم الموكل إلى جانب ذلك ، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات ، تنفيذا للوكالة تنفيذا معتادا " ، إلا أن هذه الفقرة حذفت فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها [٢].

---

(١) السنهورى ص ٢١٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" توجـــب المادة ٥٢٨ من القانون المدنى القديـــم على الموكـــل أن يؤدى "المصـــاريف المنصـــرفة من وكيله المقبولة قانونا أيا كانت نتيجة العمل إذا لم يحصل من الوكيل تقصير فيه " . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد كيف العلاقة بـــين الطرفين فى خصوص ثمن المهمات التى تعهدت الشركة الطاعنة بتوريدها إلى مصـــلحة الســـكك الحديديـــة (المطعون عليها) من الشركات الإنجليزية ، بأنـــهـــا علاقة وكيل بموكله وكان الطرفان قد اتفقا على تعديل طريقة الوفاء بالـــثمن إلى العملة المصرية بدلا من الفرنك البلجيكى فإنه يتعين أن يحدد الثمن بالفـــرنك البلجيكى مقوما بالعملة المصرية على أساس السعر الفعلى لها وقت حصـــول ذلك الاتفاق . وقد كان الحكم المطعون فيه قد انحرف عن هذا -

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقــد تدل الظروف على أن الموكل يلتزم بإعطاء الوكيل مقدما ما يــنفق منه على شئون الوكالة ، كالمحامى الذى يتقاضى من موكله مقدما الرسوم القضائية الواجب دفعها" .

ويقــع على عاتق الوكيل إثبات هذه النفقات ، وهو فى الغالب يثبت ذلــك بالمستندات التى يحصل عليها ، كما أن له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات لأن الإثبات ينصب على واقعة مادية .

٣٤١ـ النفقات المقصودة هى النفقات المعتادة :

تنص المادة ٧١٠ على أن : " على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ... إلخ " — وقد يحمل النص على اللبس إذ قد يفهــم منه وجوب رد النفقات مادام التنفيذ معتادا ولو كانت النفقات غــير معتادة . ولكن قصد الشرع واضح فى تقدير أن الموكل لايلزم إلا بالنفقات المعتادة أى المعقولة ، التى يبررها العرف والمسلك المعقول تبعا لطبيعة العمل . وإذا كان هذا الحكم طبيعيا فى الوكالة التفضلية فإن إرادة الطــرفين أو العــرف قد يقضيان فى الوكالة المأجورة بمخالفته ويتحمل الوكيل نفقات التنفيذ فى نظير ما يتقاضاه من أجر [1].

= الــنظر واعتــبر أن الــثمن يتحدد بعدد الجنيهات الاسترلينية التى تقاضتها الشركات الإنجليزية من الشركة الطاعنة دون نظر إلى ما تحملته الأخيرة فعلا فى سبيل الحصول على تلك الجنيهات فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ١٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٢/١٥)

(١) أكثم الخولى ص ٢٣٥ — محمد على عرفه ص ٤٠٠ .

وبالترتيـــب على ذلك يحق للموكل أن يطالب بتخفيض النفقات التى أنفقها الوكيل إذا كانت زائدة على حاجة العمل الذى قام به ، وأنه كان فى وسعه أن يؤدى عمله بنفقات أقل من تلك التى أنفقها .

وإذا أثبت الموكل تقصير الوكيل فى الوكالة أو إهماله فى تحرى مواطن الإنفاق ، كما إذا وكل شخصا بشراء كمية من القطن دون تحديد رتبته فاشتراها من أعلا رتبة ، وأنفق فى هذا السبيل نفقات باهظة ، فلا يكون عـــلى الموكل فى مثل هذه الحالة أن يرد إليه إلا ما يعادل ثمن الكمية التى اشـــتراها من رتبة متوسطة ، إذا كان حتما على الوكيل أن ينفذ الوكالة على هذا النحو ، طالما أنه قد ترك إليه أمر تحديد الرتبة ، وكان فى إمكانه أن يقنع بتقديم قطن من الرتبة المتوسطة لسابق علمه بالباعث على طلبه . ومـــن هـــذا القبيل أن يرفع الوكيل دعاوى على الغير دون التحقق من استنادها إلى أساس من القانون [١].

ويشـــترط أن تكون النفقات التى يطالب بـــها الوكيل مشروعة، فلو دفع الوكيل رشوة لم يجز له استرداها .

وكانـــت المادة ٦٤٩/٥٢٨ من التقنين القديم تنص على هذا الشرط صـــراحة إذ تقضى بأن على الموكل : " أن يؤدى المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانونا " . غير أن التقنين الجديد لم يورد نصا مماثلا تأسيسا على أن حكمها واضح لايحتاج إلى نص .

ولم يعلـــق المشـــرع حق الوكيل فى استرداد هذه النفقات على نتيجة ســـعية فى تنفـــيذ الوكالة ، مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة ، فإن من حقه أن يسترد سائر ما أنفقه فى هذا السبيل .

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٠ وهامش (٣) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويسترد الوكيل النفقات سواء نجح فى مهمته أو لم ينجح "[١].

ويختلف الوكيل عن الفضولى فى استرداد المصروفات، فالفضولى لايسترد إلا النفقات الضرورية والنافعة (م ١٩٥ مدنى) . والسبب فى هذه التفرقة أن الفضولى يقحم نفسه فى شئون الغير دون أن يطلب إليه ذلك . أما الوكيل فإنه يبذل خدماته للموكل بناء على طلبه ، فيجب أن يرد إليه ما أنفق بغض النظر عن إفادته من سعيه.

٣٤٢ـ جواز الاتفاق على خلاف حكم المادة :

ما تقضى به المادة ٧١٠ مدنى من التزام الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، مما لا يتعلق بالنظام العام . ومن ثم يجوز اتفاق الطرفين على التزام الوكيل بهذه النفقات أو بقدر منها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل أن يلتزم الموكل بالمصروفات التى يتكبدها الوكيل بالعمولة لإتمام العمل المسند إليه ، إلا أن هذا الشرط ليس من النظام العام ويجوز لطرفى العقد الاتفاق على مخالفته " .

(طعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/٢٩)

٣٤٣ـ فوائد النفقات التى أنفقها الوكيل :

تنص المادة ٧١٠ فى صدرها على أن : " وعلى الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد **مع الفوائد من وقت الاتفاق** ..".

فالوكيل يستحق فوائد ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة من وقت الاتفاق.

وهذا الوضع طبيعى ومحقق للعدالة على الوجه الأكمل . فالأصل أن يقدم الموكل المبالغ اللازمة لتنفيذ الوكالة فإذا كان الوكيل قد اضطر إلى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٢٢ .

الإنفـــاق من ماله الخاص فى هذا السبيل ، فمن الطبيعى ألا يحرم من ماله عبـــثا حتى لا يثرى الموكل على حسابه ، ولما كان الوكيل حرم بتقديمه هـــذه المـــبالغ لمصـــلحة الموكل من استثمارها فى وجه يعود عليه بالنفع الخـــاص، فمن العدل إذن أن يعوضه الموكل عن نتائج هذا الحرمان بأن يحتسب له فوائد هذه المبالغ من يوم إنفاقها [1].

وهذه القاعدة تقابل قاعدة سريان الفوائد على الوكيل الذى يستعمل مال الموكل لصالحه من وقت الإنفاق (مادة ٢/٧٠٦ مدنى).

وقـــد ســـوى التقنين المدنى الجديد بين الوكيل الفضولى، فقضى بأن تحتســـب الفوائد لصالح الأخير عن النفقات التى يحق له المطالبة بـــها من يـــوم دفعهـــا (مادة ١٩٥ مدنى) . ومع أن قياس الفضولى على الوكيل قياس مع فوارق كثيرة ، أبرزها أن الفضولى لا يصح أن يتخذ من إقحامه نفســـه فى مصالح غيره ذريعة لاستثمار نقوده ، ولو ثبت أن ما أنفقه عاد بالمنفعة على رب العمل .

٣٤٤ـ تقادم الالتزام برد المصروفات :

يسقط الالتزام برد المصروفات بالتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة .

وتـــبدأ هذه المدة من تاريخ استحقاق المصروفات ، وهو تاريخ تقديم الحساب ذلك أن الموكل لا يعلم بـــما ينفقه الوكيل إلا عن طريق تقديم الحســـاب ، وليس للوكيل أن يطالبه بـــما أنفق إلا من هذا التاريخ فلا يســـرى التقادم فى حقه إذن قبل هذا الوقت ، لأن هذه الفوائد تدرج مع المصروفات فى الحساب إذا بقى للموكل رصيد دائن .

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٠١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

مفـــاد نص المادة ٣٧٥ من القانون المدنى أن التقادم الخمسى لايسرى إلا بالنسبة للحقوق الـــدورية المتجددة، ومـــن ثم فلا يسرى على المبالغ الـــتى يؤديها الوكيل لحساب الموكل- تنفيذا لعقد الوكالة- ويمتنع الأخير عن أدائهاله ، وإنـــما يتقادم حق الوكيل فى مطالبة الموكل بـــهذه المبالغ بخمس عشرة سنة ، ولا يسرى التقادم بالنسبة لهذا الحق مادامت الوكالة قائمة " .

(طعن رقم ١٠١٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٤)

موضـــوع رقم (٣١)

(الالتزام الثالث)

تعويض الوكيل عما يصيبه من ضرر

٣٤٥ـ النص القانونى :

المادة (٧١١) مدنى :

" يكـــون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا " .

٣٤٦ـ شرطا تعويض الوكيل عما يصيبه من ضرر :

تنص المادة ٧١١ مدنى على أن : " يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا " [(١)].

---

(١) ولم يكـــن لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى القديم ، ومع ذلك أخذت محكمة النقض بمبدأ التعويض .

فقد قضت بأن :

" إن الشارع المصرى إذ أوجب على الموكل فى المادة ٥٢٨ مدنى — قديم — أن يؤدى المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانونا أيا كانت نتيجة العمل إذا لم يحصـــل من الوكيل تقصير فيه كان يعنى حتما تعويض الوكيل تعويضا كاملا ويـــرمى إلى تحقيق هذا الغرض الذى لن يتوافر إلا بإحاطة الوكيل بسياج من الضمان يكفل له الحصول على مقابل الضرر الذى يتحمله فى شخصه وفى ماله وإن كانت هذه المادة منقولة عن المادة ١٩٩٩ من المجموعة المدنية الفرنسية التى تليها المادة ٢٠٠٠ وفيها نص صريح على أن الموكل عليه تعويض الوكيل عن الخســـارة التى يتحملها بغير تقصير منه بسبب قيامه بأعمال الوكالة، إلا أنـــها فى الواقع شاملة لكلتا الحالتين فالمصاريف نوع من الخسائر وخروجها من مال الوكيل من شأنه أن ينقص هذا المال ويلحق به خسارة تعادل النقص الذى حل بـــه . وإذا كـــان المشرع الفرنسى قد عمد إلى الإسهاب والإيضاح فقد نحا-

ويشـــترط لاســـتحقاق الوكيل التعويض عما يصيبه من ضرر توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا هو سبب الضرر :

تنص المادة على أن يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة **تنفيذا معتادا** .

ذلك أنه بصرف النظر عن الأحوال التى يلتزم بـــها الموكل بالتعويض تطبـــيقا للإثـــراء بــــلا سبب – كما فى المثال الذى أشارت إليه مذكرة المشـــروع التمهيدى للتقنين المدنى – والذى سيلى ذكره[1] –أو لثبوت خطأ الوكيل الذى ألحق الضرر بالوكيل . فإن المادة لايمكن أن تفسر إلا عـــلى أنـــها تنشئ على عاتق الموكل مسئولية أساسها تحمل التبعة مادام يلزمه بتعويض الوكيل عن مخاطر تنفيذ الوكالة عامة ولو لم ينسب إليه أى خطـــأ . لذلك يجب عدم التوسع فى هذه المسئولية[2]، فيجب أن يكون الـــتعويض قاصـــرا على الضرر الذى يصيب الوكالة تنفيذا معتادا أى أن

=المشـــرع المصـــرى فى القـــانون المدنى القديم منحى طابعه الإيجاز فقرر مبدأ التعويض وترك الباب مفتوحا أمام القاضى فى مجال التطبيق العملى ليسير بالمبدأ إلى غايته ويحمل الموكل تبعة تعويض الوكيل مادام هذا الأخير يعمل فى حدود الوكالة. ومادام الضرر لم يكن ناشئا عن خطئه وتقصيره، وإيراد المشرع المصرى لهـــذا المـــبدأ فى المادة ٧١١ – مدنى جديد– التى تنص على أن الموكل يكون مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا لم يقصد به الاستحداث بل زيادة الإيضاح " .

(طعن رقم ٧٢ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٢/١)

(١) وهو أن يضحى الوكيل بمصلحة شخصيةله حرصاعلى مصلحة أكبر للموكل.

(٢) أكثم الخولى ص ٢٣٧ – السنهورى ص ٧٢١ .

يكون تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر فى الضرر . فإذا خرج الوكيل فى تنفيذ الوكالة عن السلوك المعتاد وأصيب من جراء ذلك بضرر لم يكن الموكل مسئولا عن تعويض هذا الضرر .

وقد ضربت المذكرة الإيضاحية مثلا على الضرر المباشر هو أن يضحى الوكيل بمصلحة شخصية له حرصا على مصلحة أكبر للموكل. فقد جاء بها : " وإذا أصاب الوكيل ضرر من تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، ولم يكن قد ارتكب خطأ تسبب عنه هذا الضرر ، فإن له أن يرجع على الموكل بتعويض هذا الضرر كما يرجع الفضولى (م٢٦٩ من المشروع) . مثال ذلك أن يضحى بمصلحة شخصية له حرصا على مصلحة أكبر للموكل [1].

ومن صور ذلك أن يكون الوكيل بين أن ينقذ مالا مملوكا له أو مالا فى يده لموكله ، أو كان فى وسعه أن يتحاشى هلاك مال الموكل باستعمال ماله الخاص . أو إذا ضيع على نفسه صفقة فى سبيل أن يحقق للموكل ربحا أكثر مما خسره هو بسبب ضياع الصفقة عليه .

أما إذا لم يكن تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر فى الضرر ، فإن الموكل لا يلتزم بتعويض الوكيل عن هذا الضرر ، ولو كان الضرر وقع بمناسبة هذا التنفيذ ، فإذا وكل محام فى قضية تطلبت منه أن يسافر إلى مقر المحكمة فركب قطارا أو سيارة أو سفينة وفى الطريق وقع اصطدام بالقطار أو بالسيارة أو غرقت السفينة فجرح المحامى أو قتل أو غرق لم يكن الموكل مسئولا عن التعويض [2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٢٣ .

(٢) السنهورى ص٧٢٤ — أكثم الخولى ص٢٣٧—محيى الدين علم الدين ص٢٢٥.

وفى هــذا يخـتلف القانون المصرى عن القانون الفرنسى ، إذا استقر القضــاء على أن المادة (٢٠٠٠) من التقنين المدنى الفرنسى المقابلة لنص المادة (٧١٠) تقضى بتعويض الضرر الذى يقع بمناسبة تنفيذ الوكالة .

عـلى أنــه يجوز أن يصيب الوكيل ضرر فى جسمه أو فى ماله بسبب قيامه بأعمال الوكالة نفسها ، فيكون الموكل مسئولا عن التعويض كأن تكون الوكالة بالذات واقعة على استئجار قطار أو سيارة أو سفينة للقيام برحلة مدرسية أو عمالية أو نحو ذلك، فيجرح الوكيل أو يقتل أو يغرق ، فيكون الضرر قد أصابه بسبب تنفيذ الوكالة [١].

ويستوى أن يقع الضرر أثناء تنفيذ الوكالة أو بعد انتهائها .

كمـا يســتوى فى استحقاق التعــويض أن يكون الوكيل مأجورا أو متبرعا[٢].

الشرط الثانى :

ألا يقع خطأ فى جانب الوكيل :

تشــترط المادة لتحقق مسئولية الموكل عن الضرر المباشر الذى يلحق بالوكــيل ، أثناء تنفيذ الوكالة ، ألا يصدر خطأ من الوكيل ، وقد ورد النص على ذلك صراحة إذ جرت على أن: " يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه .... " .

---

(١) السنهورى ص ٧٢٤ .

(٢) محيى الدين علم الدين ص ٢٢٥ – السنهورى ص ٧٢٦ – وعكس ذلك أكثم الخولى ص ٢٣٧ إذ يقصر التعويض على الوكالة التفضلية إذ لايرى معنى لإلزام الموكــل بتحمل مخاطر تنفيذ الوكالة المأجورة مع أنــها تكون فى الغالب من مخاطر حرفة الوكيل .

فإذا كان الوكيل وهو يجرب آلة سيتعاقد على شرائها لحساب الموكل قد أصيب بواسطة هذه الآلة ، كان على الموكل أن يعوضه عن ذلك ، إذا لم يكـــن هناك خطأ فى جانب الوكيل أدى إلى وقوع الضرر . فإذا كان الوكيل لايحسن استعمال الآلة ومع ذلك تصدى لتجربتها بنفسه دون أن يعهد بذلك إلى فنى مختص فإنه يكون مخطئا ولايكون له حق التعويض [1].

ويجب أن يكون الخطأ الصادر من الوكيل الذى ينفى مسئولية الموكل عـــن التعويض ، خطأ ثابتا لا خطأ مفترضا ، كمسئولية الوكيل باعتباره حارسا للشئ .

ومـــثال ذلك أيضا أن يكون الوكيل قد تجاوز حدود الوكالة فأصبح مســئولا قبل من تعامل معه ، أو ارتكب خطأ جعله مسئولا قبل الغير ، أو ارتكب مخالفة حكم عليه بالغرامة فيها [2].

وبالتالي يكون الموكل مسئولا عما يحدث للوكيل أثناء تنفيذ الوكالة، سواء بخطئه هو أو خطأ الغير أو قوة قاهرة أو حادث فجائى .

٢٤٧ـ هل يشترط ألا يكون هناك مصدر آخر للتعويض ؟

ذهب رأى فى الفقه إلى أن النص لاينطبق إلا إذا لم يكن هناك من يلتزم بـــتعويض الضـــرر الـــذى أصاب الوكيل . أما إذا كان هناك من يلتزم بتعويض هذا الضرر ، فلا محل للرجوع على الموكل الذى لم يرتكب أى خطأ .

وســـند هـــذا الـــرأى هو عدم التوسع فى تفسير النص سالف الذكر باعتباره ينشئ على عاتق الموكل مسئولية أساسها تحمل التبعة .

---

(١) محيى الدين علم الدين ص ٢٢٥ .

(٢) السنهورى ص ٧٢٥ .

بينما ذهب الرأى الغـــالب — الذى نؤيده — إلى أن القانون لم يشترط لـتحقق مســئولية الموكل ، إلا انتفاء خطـأ الوكيل . أمـــا إذا وجد شخص يكون مسئولا عن الضرر الذى أصاب الوكيل ، فإن ذلك يجعل هـــذا الشخص هو والموكل معا مسئولين بالتضامم نحو الوكيل وإذا رجع الوكـــيل عـــلى الموكل بموجب المسئولية العقدية ، جاز أن يرجع الموكل بموجـــب المسئولية التقصيرية على هذا الشخص المسئول عن الضرر الذى أصاب الوكيل [١].

ولـمـــا كان التزام الموكل بالتعويض مصدره عقد الوكالة فإن مسئوليته تسقط بخمس عشرة سنة طبقا للقواعد العامة فى المسئولية العقدية .

وتســـرى هذه المدة من وقت وقوع الضرر أو من وقت التصديق على الحساب [٢].

٣٤٨ـ الإعفاء من المسئولية وتعديلها :

مسئولية الموكل قبل الوكيل مسئولية عقدية ، ومن ثم يجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على إعفاء الموكل من المسئولية . إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم (م ١/٢١٧ مدنى) .

ويمكن استخلاص الاتفاق على الإعفاء ضمنا من ظروف الوكالة ومن حالة الوكيل ، وبخاصة إذا كان الوكيل بأجر ، وكان الضرر الذى أصابه هو الضرر المألوف الذى يتعرض له بسبب مهنته [٣].

كما يجوز — من باب أولى— الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية .

---

(١) السنهورى ص ٧٢٦ هامش (٢) — محيى الدين علم الدين ص ٢٢٥ .

(٢) السنهورى ص ٧٢٧ وما بعدها .

(٣) السنهورى ص ٧٢٧ وهامش (٤) .

موضـــوع رقم (٣٢)

(ضمانات الوكيل)

٣٤٩ـ تعداد :

يتمـــتع الوكـــيل – فى مواجهة الموكل- بالضمانـــات التى تقررهاله القواعد العامة وهى :

١- حق الحبس .

٢- حق الامتياز .

٣- حق الاختصاص .

وإلى جانـــب هذه الضمانات المستمدة من القواعد العامة أنشأ القانون ضمانا خاصا للوكيل هو تضامن الموكلين إذا تعددوا (م ٧١٢) .

ونعرض لهذا الضمانات فيما يلى .

٣٥٠ـ أولا حق الحبس :

تنص المادة ٢٤٦ مدنى على أن :

" ١- لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعـــرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصـــروفات ضـــرورية أو نافعة ، فإنله أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " .

وكانت المادة ٩٨٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أن: " للوكيل الحق فى حبس الأشياء التى يملكها الموكل وتكون فى يد الوكيل بحكم الوكالة ، وذلك ضمانا لتنفيذ الموكل لالتزاماته " — إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة " لأن حكمها مستفاد من قواعد الحبس".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أنه :

" وللوكيل ضمانا لاستيفاء حقوقه ، أن يحبس ما وقع فى يده من مال الموكل بحكم الوكالة ،كثمن ما وكل فى بيعه والحق الذى استوفاه للموكل من مدينيه . وهذا تطبيق ظاهر للمبدأ العام فى الحبس" (١).

وعلى ذلك فإنه طبقا للقواعد العامة . يجوز للوكيل أن يحبس تحت يده المبالغ والأشياء التى تسلمها تنفيذا للوكالة حتى يستوفى ما يستحق له من النفقات والأتعاب المقدرة له فى مقابل التنفيذ(٢) .

وإذا وكل شخص فى مباشرة أعمال متعددة لشخص آخر، وكان توكيله فى كل عمل منها قائما بذاته ، فإن حقه فى الحبس لايقع إلا على الأشياء التى حصل الاتفاق بصدد تنفيذ الوكالة الخاصة بها . وبعبارة أخرى ليس للوكيل أن يحبس المبالغ المتحصلة من تنفيذ بعض هذه الأعمال لضمان نفقات لم تصرف بصددها ، وإنما بصدد غيرها من أعمال الموكل. فمثلا إذا وكل شخص بتحصيل عدة كمبيالات بتوكيلات متعددة ، فلا يجوز له أن يحبس المبالغ المتحصلة من الوفاء بإحداها حتى يستوفى النفقات التى أنفقها فى سبيل تحصيل غيرها .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٢٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٢٠ الهامش .

على أنه إذا تبين من ظروف التعاقد أن نية الطرفين اتجهت إلى اعتبار هذه الأعمال المتعددة مرتبطة ببعضها ، كأن صدر توكيل واحد بها جميعا ، فإن وحدة الحساب المتصل بها تقتضى وحدة الضمان المقرر للوكيل ، وبذلك يكون له أن يحبس ما يتحصل له من تنفيذ أى عمل منها لاقتضاء نفقاته وأتعابه عموما .

وحق الحبس يرد على الأعيان التى سلمت إلى الوكيل لإدارتها، وإلى سائر المستندات التى عهد بها إليه لتيسير مهام الإدارة [١].

بل إن للوكيل أن يستعمل حق الحبس حتى يسلمه الموكل المخالصة بإبراء ذمته بعد التصديق على الحساب ، فإن الموكل يلتزم بإعطاء هذه المخالصة إلى الوكيل . فإذا امتنع عن إعطائها له كان للوكيل أن يحبس ما فى يده [٢].

وقد ذكرنا سلفا أن الوكيل يلتزم برد سند التوكيل للموكل عند انتهاء الوكالة ، وأنه لا يجوز حبس هذا السند ولو كانت له حقوق فى ذمة الموكل لم يستوفها .

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٠٣ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٧٣١ — وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٤٠٤ فيرى أنه لايقبل التمسك بحق الحبس حتى يحصل الوكيل على مخالصة مبرئة لذمته ، إذ أن الحبس فى ذاته لايخرج عن كونه من تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ ، فطالما أن ذمة الموكل غير منشغلة بدين مستحق للوكيل ، فلا يسوغ لهذا الأخير أن يمتنع عن تنفيذ التزامه برد أموال الموكل . والقول بغير ذلك يضع بين يدى الوكيل سلاحا خطرا قد يستغله للضغط على الموكل .

٣٥١- ثانيا : حق الامتياز :

تنص المادة ١١٤٠ مدنى على أن :

" ١- المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم من ترميم، يكون لها امتياز عليه كله .

٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها".

فهذا الامتياز يشمل المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم من ترميم ، ولكنه لا يمتد إلى ما أنفق فى صيانة العقارات . وفيما عدا المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وترميمه لا يكون للوكيل أى امتياز ، سواء بالنسبة للنفقات الأخرى ، أو بالنسبة للأتعاب [1].

٣٥٢- ثالثا: حق الاختصاص :

تنص المادة ١٠٥٨ مدنى على أنه : " ١- يجوز لكل دائن بيده حكم واجب النفاذصادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشئ معين أن يحصل، متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات .

٢- ولايجوز للدائن بعد موت المدين أخذ الاختصاص على عقار فى التركة " .

وتنص المادة ١٠٨٧ مدنى على أنه : " يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقا تم بين الخصوم ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع".

---

(١) أكثم الخولى ص ٢٤٠ .

وعلى ذلك يجوز للوكيل طالما كان حسن النية ، وحصل على حكم واجب النفاذ أو حكم مثبت صلحا أو اتفاقا بينه وبين الموكل أن يحصل على حق اختصاص بعقارات الموكل ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات .

٣٥٣- رابعاً : تضامن الموكلين المتعددين :

تنص المادة ٧١٢ مدنى على أنه : " إذ وكل أشخاص متعددون وكيلا واحدا فى عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على غير ذلك " [(١)].

فهذه المادة تقرر ضمانا آخر للوكيل فى حالة تعدد الموكلين ، إذ تجيز المادة للوكيل من قبل متعددين أن يرجع عليهم بالتضامن .

فإذا تعدد الموكلون فى تصرف واحد ، كانوا متضامنين فى التزامهم قبل الوكيل . وفى هذا النص خروج على القاعد العامة التى تقضى بأن التضامن لايكون إلا باتفاق .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وإذا تعدد الموكلون فى العمل الواحد كانوا متضامنين فى التزاماتهم قبل الوكيل دون حاجة إلى شرط خاص فى ذلك . وفى هذا

---

(١) وهذا النص لا مقابل له فى القانون القديم ، وقد جرى القضاء المختلط على الأخذ بحكم القانون الفرنسى فى هذا الصدد رغم عدم وجود نص مقابل لنص المادة ٢٠٠٢ مدنى فى التقنين القديم . وكان هذا القضاء تحكميا لتعارضه صراحة مع المبادئ المقررة فى القانون التى من مقتضاها أن التضامن لا يفترض ، إنما يجب أن يتقرر صراحة بنص القانون أو بشرط العقد (محمد على عرفه ص ٤٠٥) ، أما القضاء الأهلى فكان يقضى بالعكس وبعدم قيام التضامن (السنهورى ص ٧٣٤ هامش (١)) .

استثناء من القاعدة التى تقضى بأن التضامن فى المسئولية التعاقدية لايكون إلا بشرط خاص وإذا أريد نفى التضامن وجب اشتراط ذلك " [(١)].

وواضـــح مـــن المادة أنه يشترط لقيام التضامن بين الموكلين المتعددين توافر شرطين :

الشرط الأول : أن يكون هناك موكلون متعددون تربطهم عقد وكالة بالوكيل . فلا يقوم التضامن فى النيابة القانونية أو النيابة القضائية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٧١٢ من القانون المدنى على أنه "إذا وكل أشخاص متعددون وكيلا واحدا فى عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكـــيل فى تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على غير ذلك " مفاده أنه إذا تعدد الموكلـــون فى تصـــرف واحد ، كانوا متضامنين نحو الوكيل ، وإذ كان الثابـــت مـــن الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأول باشر الأعمال الإدارية والقضائية نيابة عن الطاعنين جميعا بمقتضى الوكالة المخولة لهم من وكيلهم المطعون عليه الثانى ، فإن الطاعنين يكونون متضامنين فى التزامهم نحو المطعون عليه الأول وهو ما نص عليه فى عقد الاتفاق سند الدعوى".

(طعن رقم ١٠٧٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٨)

الشرط الثانى : أن تكون الوكالة فى عمل مشترك أى واحدا لا عدة أعمال يتعلق كل منها بأحد الموكلين .

ويستوى أن تكون الوكالة بغير أجر أو تكون بأجر .

و لم يضع القانون حدودا لهذا التضامن ولذلك يجب القول بأنه يمتد إلى كافـــة الالـــتزامات الـــتى تنشأ على أحد الموكلين المتعددين سواء كان

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٢٣ .

مصـــدرها الخطأ – عمديا أو غير عمدى – أو تحمل التبعة أو الإثراء بلا سبب [(١)].

ويســـرى التضـــامن على كافة التزامات الموكلين ، من الوفاء بالأجر والالـــتزام برد المصروفات والالتزام بالتعويض عن الضرر. فيجوز للوكيل الـــرجوع على أى منهم بـــهذه الالتزامات جميعها ، كما يجوز الرجوع عليهم جميعا فيكونون متضامنين فى هذه الالتزامات .

وتضـــامن الموكلين مما لا يتعلق بالنظام العام ، ولذلك نصت المادة فى عجزها على أن " ما لم يتفق على غير ذلك " فيجوز الاتفاق على استبعاد التضامن بحيث يكون كل وكيل مسئولا عن الالتزامات بالنسبة التى يتفق علـــيها ، فـــإن لم يـــتفق عـــلى نسبة معينة كان مسئولا بنسبة ماله من مصلحة[(٢)].

---

(١) أكثم الخولى ص ٢٤١.

(٢) السنهورى ص ٧٣٧ .

موضـوع رقم (٣٣)

(آثار الوكالة بالنسبة للغير)

(أ) حالة التزام الوكيل حدود الوكالة :

إذا التزم الوكيل حدود الوكـالة فإن آثار الروابط القانونية التى ينشئها مع الغير تنصرف- كقاعدة عامة . إلى شخص الأصيل [(١)]. وتتعلق بذمته مباشـرة كما لو كان قد باشرها بنفسه (مادة ١٠٥). ولايتأثر الوكيل أصـلا من هذه التصرفات التى يجريها لحساب الموكل إذا كان قد تعاقد باسمـه . وقد أحالت المادة ٧١٣ إلى المواد ١٠٤-١٠٧ الخاصة بالنيابة عموما لتحديد **علاقة الموكل والوكيل بالغير الذى يتعامل مع الوكيل .**

ونعرض لهاتين الحالتين فيما يلى .

٣٥٤- أولاً : علاقة الموكل بالغير :

حددت المادة ١٠٥ علاقة الموكل بالغير فى حالة التزام الوكيل حدود الوكالة بقولها : " إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل " .

ومن مقتضى ذلك أن يكون فى وسع الغير الذى تعامل مع الوكيل فى حـدود الوكالة أن يطالب الموكل مباشرة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذى باشره الوكيل . وكذلك للموكل أن يرجع مباشرة على الغير

---

(١) أمـا فى حالـة مـا إذا كان الوكيل قد تعاقد باسمه الشخصى (أى كان اسما مسـتعارا) ، فسنرى أن أثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل ، دائنا أو مدينا ، إلا إذا كـان مـن المفروض حتما أن الغير يعلم بوجود الوكالة ، أو كان يستوى عنده التعامل مع الموكل أو الوكيل (م ١٠٦) .

الذى تعاقد معه الوكيل بجميع الالتزامات الناشئة من هذا التعاقد فى ذمة الغـــير . لأن شخص الوكيل يختفى فيما بينهما طبقا للقواعـــد العامة فى النيابة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" كذلـــك ينصرف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل باسم الموكل ، سواء فى ذلـــك ما يولده من حقوق وما يترتب عليه من التزامات ، إلى الموكل مباشـــرة . ومن أجل ذلك أعطى للغير الذى يتعاقد مع الوكيل الحق فى مطالبته بأن يثبت وكالته ومدى هذه الوكالة .... إلخ "(١) .

وحسب الغير أن يتحقق من أن العمل الذى يجريه الوكيل يتفق وظاهر التوكـــيل ، بصرف النظر عن كون الوكيل قد جاوز حدود الوكالة فى الواقع . وبعبارة أخرى لايقبل من الموكل أن يحتج على الغير حسن النية بـــتجاوز الوكيل حدود الوكالة إذا لم يكن فى وسع الغير أن يعلم بـــهذا التجاوز ، ولم يكن فى ظاهر التوكيل ما يساعد على الكشف عنه (٢).

فـــإذا تضـــمن التوكيل تفويض الوكيل فى اقتراض ألف جنيه ، فعقد قرضـــا مع "خالد" ، ثم كرر هذه العملية مع "بكر" ، فإن الموكل يصبح ملـــتزما بســـداد دين كل من "خالد" و "بكر" . ولايجوز له أن يحتج فى مواجهـــة الأخـــير بأن الوكيل قد تجاوز بتعامله معه حدود الوكالة ، إذ يكـــون فى وســـع "بكر" فى هذه الحالة أن يتحصن وراء حسن نيته ولا يكون للموكل إلا أن يلوم نفســـه على إبقائه سند التوكيل تحت يـــده وكيل غير جدير بالثقة التى وضعها فيه .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٢٦ .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٠٧ .

ولما كان حسن النية مفروضا دائما ، فإنه على الموكل الذى يدعى أن الغير كان يعلم بتجاوز الوكيل حدود الوكالة أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه ، وهو يستطيع إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن .

ويتفرع عن كون الموكل مسئولا مباشرة عن سـائر التصرفات التى يأتيها الوكيل فى حدود وكالته النتائج الآتية :

١- أن الأحكـام التى تصدر فى مواجهة الوكيل بـهذه الصفة تعتبر كأنـها صدرت فى مواجهة الموكل ، ويمكن التنفيذ بمقتضاها على أمواله مباشرة .

٢- أن الموكـل يعتـبر مسئولا عن الامتناع عن إبرام التصرف الذى عقدت من أجله الوكالة [1].

٣- أنـه إذا صدرت ورقة مكتوبة من الوكيل ، فإنـها تكون حجة عـلى الموكل بتاريخها العرفى ، لأن الموكل لا يعتبر من الغير الذى عنتهم المادة ١٥ من قانون الإثبات ، عند اشتراطها إثبات تاريخ المحررات العرفية للاحـتجاج به فى مواجهتهم . فتاريخ هذه المحررات العرفية يكون حجة على الموكل حتى يقيم الدليل على عدم صحته .

فإذا كان تاريخ المحرر العرفى سابقا على انتهاء الوكالة ، وأراد الموكل عدم الاحتجاج به عليه ، كان له أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن التاريخ العرفى للورقة مخالف للحقيقة وأنه صدر فى تاريخ سابق للوكالة أو لاحق لإنـهاء الوكالة .

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٠٧

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- "متى كانت الورقة العرفية موقعة من الوكيل فإن تاريخها يكون حجة على الأصيل – ولو لم يكن لها تاريخ ثابت – إذ أنه لايعتبر غيرا لأنه كان ممثلا فى التصرف الذى أبرمه وكيله لحسابه، كما يكون هذا التاريخ حجة على وارث الأصيل بحكم كونه خلفا عاما لمورثه " .

(ب)-" إذا ادعى الأصيل – أو وارثه – عدم صحة التاريخ المدون بالورقة – العرفية – وأنه قدم غشا حتى لا ينكشف أن التصرف الذى أجراه الوكيل صدر فى وقت كانت وكالته فيه قد زالت فإنه يكون لذلك الأصيل – أو وارثه- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يثبت مدعاه بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن إذ المضرور بالغش لم تكن له خيرة فيه فلا وجه للتضييق عليه فى الإثبات بحصره فى طريق دون آخر".

(طعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦)

٢- " إذ كان الأصيل لايعتبر من الغير بالنسبة إلى المحرر العرفى الذى وقعه نائبا أيا كانت صفته فى النيابة ، ويكون المحرر حجة عليه وفق المادة ١٥ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، فإن إيصالات سداد الأجرة محل النعى تكون حجة على الطاعن فى تاريخها ولو لم يكن نائبا طالما لم يقم الدليل على عدم صحة هذا التاريخ باعتباره طرفا فيها بواسطة وكيله " .

(طعن رقم ٩٦٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٥)

٤- إذا صدر إقرار عن الوكيل يكون هذا الإقرار حجة على الموكل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليه بطلباته على الطاعن قد أقيم على سند المديونية المحرر على آخر بوصفه وكيلا عن

الطاعن ، وكان الحكم قد أثبت بالأدلة السائغة التى أوردها أن الوكيل لم يخرج فى إقراره بالدين للمطعون عليه بمقتضى السند موضوع الدعوى عن حدود وكالته ، فيكون فى غير محله النعى على هــذا الحكم بأنه لا يقوم على أساس قانونى " .

(طعن رقم ٢٥٤ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١٢/٢٤)

(ب) — " وإن كان مفاد نص الفقرة (ب) من المادة الثانية من القانون رقــم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المقابلة للفقرة (ب) من المادة ٢٣ من القانون رقــم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أنه لايجوز للمستأجر أن يؤجر المكان المؤجرمن الــباطن أو يتنازل عن عقد الإيجار بغير إذن كتابى صريح من المالك ، إلا أن قــبض المالك أو وكيله الأجرة من المستأجر من الباطن أو التنازل عن عقــد الإيجار مباشرة ودون تحفظ يقوم مقام الإذن الكتابى الصريح الذى اشترطه القانون باعتبار أن الكتابة وسيلة للإثبات وليست ركنا شكليا فى الإذن ومن ثم يعد بمثابة إقرار من المالك للإيجار من الباطن أوالتنازل عنه".

(طعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/١٢)

٥- إن ورقة الضد التى يحررها الوكيل يحتج بــها فى مواجهة الموكل كمـــا لو كان قد وقعها بنفسه ، فالموكل لايعتبر فى هذه الحالة من الغير الذين لايصح التمسك ضدهم بمضمون هذه الورقة .

٦- أن حــيازة الوكــيل لعقارات موكله التى تحت يده بسبب عقد الوكالة تعتبر حيازة لحساب الأصيل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) — " حــيازة الوكــيل لعقارات موكله التى تحت يده بسبب عقد الوكالة تعتبر حيازة لحساب الأصيل طالما أن الوكيل لم يدع أنه غير صفة حيازته بما تتغير به قانونا ، ومن ثم يعتبر الأصيل مستمرا فى وضع يده مدة

حيازة الوكيل وتحسب له هذه المدة فى التقادم المكسب السارى لمصلحته. وإذ كان مجرد ثبوت أن الوكيل من مورث الطاعنين – إبان وضع يده على عقار موكله – كان وكيلا أيضا عن المطعون عليه الذى ينازعهم فى ملكية هذا العقار ، ليس من شأنه أن يؤدى بذاته إلى إسقاط مدة حيازة الوكيل للعقار محل النزاع نيابة عن مورث الطاعنين من مدة التقادم السارى لمصلحة هذا المورث ، بل لايكون هذا الإسقاط إلا إذا شاب حيازة المورث للعقار بوساطة وكيله عيب من العيوب التى تفقدها أثرها فى كسب الملكية بالتقادم وهى الإكراه والخفاء واللبس أو الغموض، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يكشف عن قيام أحد هذه العيوب حين رفض طلب الطاعنين الإحالة إلى التحقيق لإثبات تملكهم العقار محل النزاع بالتقادم المكسب الطويل المدة يكون قد انطوى على قصور وخطأ فى القانون " .

(طعن رقم ٢٣٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٦)

وذهبت محكمة النقض إلى أن الأصيل يكون مسئولا نحو الغير عن خطأ الوكيل فى حدود قواعد المسئولية التقصيرية ، وكذلك فى حدود قواعد الوكالة ذاتها .

إذ قضت بأن :

(أ)– " الأصيل مسئول نحو الغير عن خطأ الوكيل فى حدود قواعد المسئولية التقصيرية ، وكذلك فى حدود قواعد الوكالة ذاتها، فإذا كان الحكم قد اكتفى بنفى الخطأ عن المطعون عليه فى سفره إلى الخارج دون أن يبحث موقف زوجته باعتبارها وكيلة عنه فى إبرام الصفقة موضوع الدعوى بعد سفره حتى تنتهى مدة التفويض الصادر منه للطاعنين (السمسار) دون أن يبين السبب الذى دعاها إلى عدم إتمام العقد بعد أن

قـــام الطاعنان خلال مدة التفويض بإرسال برقية وخطاب إلى المطعون عليه فى محل إقامته بالقاهرة لإخطاره بأن مالك العمارة قد وافق على إتمام الصـــفقة طبقا للتفويض ولكى يحدد موعدا للتوقيع على العقد الابتدائى ، فإن الحكم يكون قاصر البيان قصورا يشوبه ويبطله " .

(طعن رقم ٢١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٤)

(ب)- " مفـــاد نص المادة السابعة من قانون المرافعات السابق والمادة ١٤من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها، ومرتـــبطين أن المحضـــر الذى يباشر التنفيذ أو غيره ممن أجاز القانون أن يجـــرى التنفيذ الجبرى بواسطتهم ، إنـــما يقومون بذلك التنفيذ بناء على توجيه من الخصوم لهذه الإجراءات ، فإذا ما عين الخصوم إجراءات التنفيذ التى يطلبون اتخاذها ، اعتبر المحضر أو من يباشر إجراء التنفيذ الجبرى ممن أجـــاز لهم القانون ذلك ، وكلاء عن طالب التنفيذ الذى يسأل مسئولية مباشرة عن توجيه هذه الإجـــراءات فيما لو ترتب على ذلك الإضـــرار بالغير" .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤)

٣٥٥ـ عدم انصراف أثر التصرف المبنى على غش إلى الموكل :

تقـــف نيابة الوكيل عن الموكل عند حد الغش فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق الموكل ، فإن التصرف الذى يعقده الوكيل مع الغير على هذا الوجه أو الإجراء الذى يتخذه لا ينصرف أثره إلى الموكل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مـــتى كانـــت المحكمة قد حصلت من الوقائع المطروحة أمامها أن الإقـــرار الصادر من وكيل المطعون عليها بصحة السند الذى طعنت فيه موكلته بالتزوير كان وليد الغش والتواطؤ مع الطاعنة فلا يسرى فى حق المطعـــون عليها كما لايسرى فى حق القاصر لأن المطعون عليها لم تكن

عينت وصيا عليه وقت صدور التوكيل و لم يوافق عليه المجلس الحسبى بعد تعيينها وفى هذا ما يكفى لإهدار حجيته فإنه يكون غير منتج ما تمسكت به الطاعنة من أن الإقرار صدرمن وكيل المطعون عليها قبل إلغاء توكيله".

(طعن رقم ٢١٥ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/١٥)

٢- " لئن كان الأصل وفقا للمادة ١٠٥ من القانون المدنى أن ما يبرمه الوكـــيل فى حـــدود وكالته ينصرف إلى الأصيل إلا أن نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش ، فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق موكلـــه ، فإن التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إلى الموكل. وإذ كان البين من الحكم الابتدائى الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه لأسبابه أنـــه استخلص فى حدود سلطته التقديرية من أقوال شهود المطعون عليه الأول أن عقدى الإيجار ســـند الطاعن الأول صدرا فى ظرف مريبة وفى غـــير مواعيد تحديد عقود إيجار الأراضى الزراعية ، وأن الطاعن الثانى لم يبرزهما إلا بعد أن دب الخلاف بينه وبين المطعون عليه الأول، واتخذ من عـــدم إشارة الطاعن الثانى فى الإنذار الموجه منه إلى هذين العقدين قرينة عـــلى اصطناعهما وكانت هذه الأسباب سائغة ومؤدية إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم من أن عقدى الإيجار قد حررا بطريق الغش والتواطؤ، وكـــان الحكم إذ تحدث عن صورية عقدى الإيجار الصادرين إلى الطاعن الأول مـــن شقيقه الطاعن الثانى- بوصفه وكيلا عن المطعون عليه الأول مســـتندا إلى القرائن التى استظهرها إنـــما قصد الصورية التدليسية المبنية عـــلى الغش والتواطؤ بين طرفى العقد إضرارا بالموكل ، فإنه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٧٣ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٤/٧)

ولكن أثر التصرف ينصرف إلى الموكل ولو ألحق به غبنا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لايشترط فى الصلح أن يكون ما ينـــزل عنه أحد الطرفين مكافئا لما يـــنـــزل عنه الطرف الآخر ، وإذن فمتى كان التوكيل الصادر إلى وكيل المطعـــون عليهما يبيح له إجراء الصلح والنـــزول عن الدعوى ، وكان الصـــلح الذى عقده مع الطاعنين فى حدود هذه الوكالة واستوفى شرائطه القانونـــية بأن تضمن نـــزول كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسما للنـــزاع القائم بينهما ، وكان الحكم المطعون فيه إذ لم يعـــتد بـــهذا الصلح ، وإذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته أقـــام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكليه ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى إلى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته وإنـــما محل بحث هذا الغبن وتحديـــد مـــدى آثاره يكون فى صدد علاقة الوكيل بموكله لا فى علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل فى حدود الوكالة " .

(طعن رقم ١٦٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٢)

٣٥٦- ثانيا : علاقة الوكيل بالغير :

لمـــا كانـــت نتائج التصرف الحاصل بطريق النيابة تقع فى ذمة الأصيل مباشرة فإن النائب يظل غريبا عن آثار ما عقده من تصرف باسم الأصيل، فهـــو لا يلتزم بذلك التصرف ولا يرتبط بمقتضاه مع الغير على أى وجه كـــان ، وهكذا نجد النائب الذى كان له الدور الأكبر فى إبرام التصرف غـــير ذى دور فى الالـــتزام بأحكام ذلك التصـــرف، فهو بمجرد إبرامه ينســـحب من ميدان العلاقة التعاقدية تاركا بين الأصيل وبين الغير الذى تعـــاقد مع النائب رابطة قانونية مباشرة يحكمها ذلك التصرف المبرم بين النائـــب والغـــير . عـــلى أن نيابة الوكيل قد تشمل — فضلا عن إبرام

التصــرف – تنفيذ التصرف الذى أبرمه ففى هذه الحالة يكون له بصفته نائــبا وطــبقا لهــذه الحدود الواسعة لنيابته أن يفى ويستوفى وأن يقاص ويقاضــى للمتوصل إلى تنفيذ العقــد ، ولكــن كل ذلك بصفته وكيلا ولحساب الأصيل لا لحساب نفسه[1] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مقتضى أحكام النيابة أن العمل الذى يجريه النائب يعتبر أنه صدر من الأصــيل ، ولذلك ينصرف العمل القانونى الذى يجريه النائب فى حدود نيابته إلى الأصيل مباشرة ، ويظل النائب بعيدا عن هذا الأثر ، فإذا أجرى النائــب عمــلا باسم الأصيل فينظر إلى هذا العمل من ناحية تكييفه بأنه معاوضــة أو تبرع، إلى الأصيل لا إلى النائب ، فإذا كان الأصيل لم يأخذ مقابلا فالعمل تبرعى ، ولو كان النائب قد تلقى عوضا لنفسه " .

(طعن رقم ١٣٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٧)

٢- " مــؤدى نص المادة ٦٩٩ من القانون المدنى أن ما يجريه الوكيل من تصرفات وكل فيها إنــما هو لحساب الأصيل فإذا باشر إجراءا معينا ســواء كــان من أعمال التصرف أو الإدارة فلا يجوز مقاضاته عن هذا الإجــراء وإنــما توجه الخصومة للأصيل ، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن جوهر النــزاع بين الطاعن والمطعون ضده الأول يدور حول حصــول البــيع الموكل فيه الأول من عدمه، وكان هذا التصرف إنــما يكــون لحساب الأصيل ، مما يقتضى توجيه الدعوى فى النــزاع الناشئ عــنه إلى الأخير وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفــع المبدى من الطاعن بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة

---

(١) جمال مرسى بدر ص ٣٣٩ وما بعدها .

وبإثبات العقد موضوع النـــزاع على سند أنه مفوض فى إبرامه والتوقيع عليه بمقتضى عقد الوكالة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١١٩ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/٤/١٩)

٣٥٧ـ مسئولية الوكيل قبل الغير عن خطئه :

لا يكـــون الوكـــيل مسئولا قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ يستوجب مســئوليته . فإذا لم يرتكب خطأ لم يكن مسئولا ، حتى لو أصاب الغير ضـــرر من تنفيذ الوكالة . والمقصود بالغير هنا الشخص الذى يتعاقد مع الوكيل . فإذا ارتكب الوكيل تدليسا على الغير فى تعاقده معه أو أكرهه عـــلى التعاقد ، جاز للغير أن يطلب إبطال العقد ، ويرفع دعوى الإبطال عـــلى الموكـــل لا على الوكيل ، وجازله أيضا أن يرجع بالتعويض على الوكيل نفسه لما ارتكبه من تدليس أو إكراه .

وإذا ارتكـــب محام سبا أو قذفا فى حق خصم موكله ، أو قدم ضده بلاغـــا كاذبا بسوء نية وهو فى صدد تنفيذ الوكالة ، فإن المحامى يكون مســئولا نحو خصم موكله عن الخطأ الذى ارتكبه [١]. حتى لو ارتكب الخطأ بأمر الموكل .

(ب)– حالة خروج الوكيل عن حدود الوكالة :

إذا تجـــاوز الوكيل حدود الوكالة بأن لم تكن هناك وكالة أصلا ، أو كانت هناك وكالة وتجاوز حدودها فلا يصدق عليه القول بأن ينوب عن الموكـــل ، إذ النيابة لا تكون إلا فى حدود ما وكل فيه وعلى ضوء هذا المبدأ تتحدد علاقة كل من الموكل والوكيل بالغير فى هذه الحالة .

---

(١) السنهورى ص ٧٥٣ وما بعدها .

٣٥٨- أولا : علاقة الموكل بالغير :

لا يلـتزم الموكل فى مواجهة الغير بما يجريه الوكيل خارجا عن حدود الوكالة ، بل يعتبر من الغير بالنسبة لـهذه التصرفات فلا تتأثر بـها ذمته لا بطـريقة سلبية ولا بطريقة إيجابية . وبناء على ذلك لا تنشأ بينه وبين الغير الذى تعامل مع الوكيل أية علاقة تبيح لأحدهما أن يوجه للآخر أية مطالبة على أساس العقد الذى عقده الوكيل .

ويسـتوى فى ذلـك أن يكون الغير الذى تعاقد مع الوكيل عالما بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يقيت حالة ما إذا تعاقد شخص باسم غيره دون توكيل ، أو مجاوزا حـدود التوكيل (فى غير ما نصت عليه المادة ٩٧٨ فقرة ٢) ، أو بعد أن انقضـت الوكالـة فإذا تعاقد (أ) مع (ب) باسم (ج) ، دون توكيل أو مجاوزا حدود التوكيل ، فإن (أ) لايعتبر وكيلا عن (ج) ، سواء علم (ب) بـانعدام الوكالة أو لم يعلم إذ كان يستطيع أن يعلم لو أنه طلب من (أ) إثبات وكالته كما تقضى بذلك المادة ١٥٨ " [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصـل فى قواعد الوكالة — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن الغـير الـذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها ، وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن قصر فعليه تقصيره . وإن تصرف الشخص كوكيل دون نيابة فلا ينصرف

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٢٦ وما بعدها .

أثـــر تصرفه إلى الأصيل ويستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى تعاقد مع الوكيل عالما بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٤)

ولايسرى التصرف فى حق الموكل حتى لو كان الغير يعتقد بحسن نية أن الوكيل يعمل بموجب وكالة قائمة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" سواء أكان المستأجر حسن النية أم سيئها فإن تجاوز الوكيل حدود توكـــيله لا يجعل الموكل مسئولا عن عقد خروجا عنت تلك الحدود . وعلى من يتعاقد مع الوكيل أن يتحرى صفة من تعاقد معه وحدود تلك الصـــفة . فـــإذا قصر فعليه تبعة تقصيره . فإذا كانت ورقة الاتفاق التى بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراسا على أعيان وقف قد حظرت عليهم أن يـــنفرد أيهم بأى عمل وإلا كان باطلا ، ثم أجر أحدهم وحده هذه الأرض فـــإن الوقـــف لا يتحمل نتيجة عمل الحارس ولو كان المستأجر حسن النية " .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٥/١٤)

والغـــير هو الذى يقع عليه عبء إثبات أن الوكيل قد عمل فى حدود نيابته [١].

وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى تجيز للوكيل أن يخرج حدود الوكالة، وبالتالي يلتزم الموكل بتصرفاته الخارجةعن حدود الوكالة، إذا كـــان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معهـــا الظـــن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة. (راجع بند ٢٧٥) .

---

(١) السنهورى ص ٧٦٧ الهامش .

٣٥٩- إقرار الموكل للتصرف الذى عقده الوكيل خارجا عن حدود الوكالة:

كانت المادة ٩٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أنه :
" ١- إذ أبرم شخص عقدا باسم غيره دون توكيل ، أو كان وكيلا وجاوز حدود الوكالة ، فإن العقد لاينفذ فى حق هذا الغير إلا إذا كان قد أقره .

٢- ويجوز للطرف الثانى فى العقد أن يحدد لهذا الغير ميعاد مناسبا لإقرار الاتفاق ، على أن يتحلل منه إذا لم يصدر الإقرار فى الميعاد المحدد. ويجوز له أن يرجع فى العقد ، قبل أن يصدر الإقرار ، إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالما بذلك" كما كان المشرع يضمن نص المادة ٩٩١ التى تقضى بأن : " أما إذا رفض الإقرار صراحة أو ضمنا ، فإنه يجوز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أن الوكالة غير موجودة ، أو كان ينبغى أن يكون عالما بذلك " . إلا أن المادتين حذفتا فى لجنة المراجعة اكتفاء بأحكام النيابة [١].

وهذان النصان المحذوفان لا يخرجان عن القواعد العامة ، ومن ثم فليس يوجد ما يمنع من العمل بأحكامهما .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٢٥ وما بعدها .

وعلى ذلك فإن التصرف الذى يعقده الوكيل خارجا عن حدود الوكالة، يكون الموكل حيالة بالخيار بين أمرين : إما أن يقره وإما ألا يقره.

١- حالة إقرار التصرف :

إذا أقر الموكل هذا التصرف ، فإنه لا يشترط فى الإقرار شكل معين، وكما يكون الإقرارصريحا يصح أن يكون ضمنيا يستنتج من تصرفات الموكل التى تكشف عن إرادته إجازة التصرف الذى عقده الوكيل باسمه (م١٣٩/١مدنى) . كأن يسلم الموكل البضاعة التى باعها الوكيل أو يتسلم الثمن من المشترى أو يدفع مصاريف العقد[١] . وكأن يعقد الموكل قرضا يستعين به على تنفيذ التزامات الوكيل ، وكأن يسكت الموكل مدة كافية دون أن يعترض على التصرف المعقود باسمه ، إذا كان الغير أعلنه بتصرف الوكيل .

واستخلاص هذا الإقرار الضمنى مما يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع .

ويترتب على هذا الإقرار جعل التصرف الذى أبرمه الوكيل خارجا عن حدود وكالته نافذا فى حق الموكل .

غير أنه إذا أقر الموكل التصرف ، فلا يجوز له الرجوع فى هذا الإقرار.

---

(١) محمد على عرفه ص ٤١٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- " خـــروج الوكيل عن حدود وكالته فى تعاقد سابق لا يلزم منه اعتـــبار تصـــرف آخر لاحق حاصل من الوكيل للطاعنين نافذا فى حق الموكـــل مـــادام أن هـــذا التصرف كان صادرا من وكيل خارج حدود الوكالة إذ هو لا ينفذ فى حقه إلا بإجازة ذات التصرف " .

(طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٥/١٢)

٢- " إذا كـــان أحد ملاك العقار المبيع قد وقع على عقد البيع بصفته وكـــيلا عن باقى الملاك وثبت أنه لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت إبرام التعاقد وأنه تصرف بغير علمهم فى حصصهم فى البيع فإنـــهم متى أقروا البيع فإن العقد يسرى فى حقهم عملا بالمادة ٤٦٧ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨)

٣- " تصرف الوكيل الذى يجاوز حدود وكالته الخاصة لا يسأل عنه الموكل إلا إذا أجازه بعد حصوله قاصدا إضافة أثره إلى نفسه " .

(طعن رقم ١٦٢ لسنة ٧٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٦)

٤- " مباشرة المحامى للإجراء قبل الحصول على سند بالوكالة لايبطله طالما تأكدت صفته فى مباشرته بإصدار توكيل له " .

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤)

٥- " لمحكمـــة الموضـــوع استظهار قيام الإجازة الضمنية بشرط أن يكون سائغا " .

(طعن رقم ٦٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٥/١٠)

ولما كانت الإجازة بطبيعتها عملا قانونيا صادرا من جانب واحد فإنه لا يلزم لنفاذها قبول الوكيل أو الغير. ولا يعترض على ذلك بأن الإجازة اللاحقة تعتبر بمثابة التوكيل السابق ، ولاينعقد التوكيل إلا برضاء الوكيل، لأنه يصح صدور الإيجاب بالوكالة من الوكيل نفسه ، وهوما يتحقق فى حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة[1].

ويكـــون للإقرار أثر رجعى ، فيعتبر التصرف نافذا فى حق الموكل من يـــوم أن عقده الوكيل لا من يوم الإقرار إذ أن الإقرار اللاحق يكون فى حكـــم التوكـــيل الســـابق ، وذلك مع عدم الإخلال بحقوق الغير طبقا للقواعد العامة [2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الشريك الذى يقيم بناء علىالعين المشتركة لا يعتبر من الغير فى معـــنى المـــادة ٦٥ من القانون المدنى [3]. فإذا ما طالب الشريك الآخر بملكيته لحصته فى هذا البناء وجب أن يكون ذلك فى مقابل ما يناسبها فى تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته ، إذ أن مطالبته هذه تفيد أنه اعتمد فعل شـــريكه ، ومـــن ثم يكون الشريك البانى فى هذه الحالة معتبرا فى حكم الوكيل " .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٣٠)

٢- " إذا كان صحيحا أن قبض الدائن قيمة الشيك الذى استلمه آخر مـــن المدين يعد إقرارا منه لهذا الوفاء بحيث يصبح هذا الغير فى هذه الحالة

---

(١) محمد على عرفه ص ٤١٣ .

(١) أكثم الخولى ص ٢٤٢ .

(٢) يقابلها فى القانون الجديد المادة ٩٢٤ .

وكـــيلا بعد أن بدأ فضوليا – على ما تقضى به المادة ٣٣٣ من القانون المدنى ومذكرته التفسيرية – إلا أن هذه الوكالة قاصرة على الوفاء الذى أقره الدائن فلا تتعداه إلى ما يكون هذا الغير قد أقربه فى ورقة أخرى غير الشـــيك من أن المبلغ الموصى به هو كل الباقى المستحق للدائن لأن هذا الإقرار بالتخالص ليس من مستلزمات الوفاء بالمبلغ الموفى به بل هو إقرار بواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء ولايمكن اعتبار الدائن مقرا لها إلا إذا كان قـــد عـــلم بـــها وقت إقراره ذلك الوفاء . كما لا يمكن اعتبار الإقرار بالـــتخالص من الغير عملا من أعمال الفضولى إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافـــره فى عمـــل الفضولى الذى يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضروريا بالنسبة لرب العمل " .

(طعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/٥)

ولاعـــبرة بتصـــديق الموكل على ما باشره الوكيل من تصرف خارج حـــدود الوكالـــة إلا إذا ثبت علمه بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه [(١)].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة ، ويجب لإقرار ما يباشره خارجا عن هذه الحدود أن يكون المقر عالما بأن التصرف الـــذى يقره خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه " .

(طعن رقم ١٣٣ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٤/٦)

---

(١) محمد على عرفه ص ٤١٣ هامش (١) – السنهورى ص ٧٦٨ الهامش .

كما قضت محكمة النقض بأن :

" خروج الوكيل عن حدود وكالته فى تعاقد سابق لا يلزم منه اعتبار تصـــرف آخـــر لاحق حاصل من الوكيل للطاعنين نافذا فى حق الموكل مادام أن هذا التصرف كان صادرا من وكيل خارج حدود الوكالة إذ هو لا ينفذ فى حقه إلا بإجازة ذات التصرف " .

(طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٥/١٢)

وإذا كـــان الغـــير عـــالما بتجاوز الوكيل حـــدود وكالته وقت إبرام التصـــرف ، وأقـــر الموكل هذا التصرف ، فلا يكون للغير أن يتحلل من تعاقده مع الوكيل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إقرار الموكل عقد البيع الذى أبرمه وكيله – بتوكيل عام – يرتد أثره إلى وقـــت الـــتعاقد فيعتبر التصرف نافذا فى حق الموكل من هذا الوقت ومـــادام الغـــير الذى تعاقد مع الوكيل كان يعلم بتجاوز الوكيل حدود وكالـــته وقت تعاقده معه فإنه يتقيد بإيجابه حتى يعلن الموكل موقفه من حيـــث إقرار التصرف أو عدم إقراره فإذا أقره لم يكن لهذا الغير أن يتحلل من تعاقده مع الوكيل " .

(طعن رقم ٤٨٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١١/١٤)

٢- حالة عدم إقرار التصرف :

إذا اختار الموكل عدم إقرار التصرف الذى قام به الوكيل خارج حدود وكالـــته ، فإن التصرف لاينصرف إليه . غير أنه يجوز للغير الرجوع على الموكل بمقدار ما استنفاد من التصرف فى حدود قواعد الفضالة أو قواعد الإثراء بلا سبب .

وكانت المادة ٩٩٠ من المشروع التمهيدى - التى حذفت فى لجنة المراجعة - تنص على طريقة عملية لإجبار الموكل على اتخاذ موقف من التصرف الذى عقد باسمه فنصت على أن : " ويجوز للطرف الثانى فى العقد أن يحدد لهذا الغير ميعادا مناسبا لإقرار الاتفاق ، على أن يتحلل منه إذا لم يصدر الإقرار فى الميعاد المحدد ، ويجوز له أن يرجع فى العقد ، قبل أن يصدر الإقرار ، إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالما بذلك " .

وهذه الطريقة يمكن اتباعها رغم حذف النص لأنها تتفق مع القواعد العامة .

وفى وسع الغير الذى تعامل مع الوكيل أن يتحلل من التصرف الذى أبرمه مع الوكيل قبل تصديق الموكل ، إذا تبين أن الوكيل قد تجاوز حدود الوكالة ، ولم يكن على بينة من هذا الأمر وقت التعاقد . ويبرر كثير من الشراح هذا الحل بأن العقد لا ينعقد لعدم توافق الإرادتين فى مثل هذا الفرض لأن إرادة الغير اتجهت إلى إلزام الموكل، وبالتالي إلى التعاقد معه بواسطة الوكيل ، فالغير لا يلزم بإيجابه قبل الوكيل لأنه لم يشأ أن يلتزم بالعقد معه ، كما لا يلتزم قبل الموكل الذى يعتبر أجنبيا عن هذا العقد . ومن المسلم به أن كل إيجاب من هذا النوع يجوز سحبه ، طالما لم يصادفه قبول . وبذلك يكون الغير فى حل من أن يسحب إيجابه طالما أنه لم يتعلق به قبول الموكل بالتصديق [١].

---

(١) محمد على عرفه ص ٤١٣ وما بعدها - السنهورى ص٧٧٢ وما بعدها .

أما فى حالة تعاقد الغير مع الوكيل مع علمه بتجاوزه حدود الوكالة ، فإنـــه لا يســـتطيع أن يسحب إيجابه حتى يعلن الموكل عما فى عزمه من التصديق أو عدمه على ما فعله الوكيل ، لأن علم الغير بتجـــاوز حدود الوكـــالة يجعله ملتزما بأن يظل على إيجابه المدة المعقولة ليكشف الموكل عن نيته .

٣٦٠ـ ثانياً : علاقة الوكيل بالغير :

لايكـــون الوكيل مسئولا عن تجاوز حدود ما وكل فيه إذا أعلم من يعامله بسعة وكالته . وعلة ذلك ظاهرة وهى أن الغير يكون قد ساهم مع الوكـــيل فى الخطأ الذى ارتكبه بتجاوزه حدود الوكالة ، ولا يمكن تبرير إقـــباله على مثل هذا العمل إلا بأنه يأمل فى تصديق الموكل ، وهو عمل خـــارج عن إرادة الوكيل ، فلا يسأل عن عدم تحققه طالما أنه لم يتعهد بذلك . وحسب الوكيل أنه كشف للغير عن سعة وكالته ليكون فى حرز من المسئولية فى حالة عدم إجازة الموكل تصرفه [١].

وإذا لم يكشف الوكيل للغير عن حدود وكالته كان مسئولا شخصيا فى مواجهة الغير عن تنفيذ ما عقده من مشارطات خارج حدود الوكالة.

وقد قضى تطبيقا لذلك بإلزام الوكيل شخصيا بزيادة سعر فوائد الثمن فى حالة الشراء لحساب موكله ، إذا كان قد وافق على هذه الزيادة دون استئذان الموكل فى ذلك . ولا يجديه أن يحتج بصلة القرابة أو الصداقة التى تربطه بموكله والتى أباحت له فى نظره التجاوز عن إذن الموكل[٢] .

---

(١) محمد على عرفه ص ٤١٤ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٥ديسمبر ١٩٤٢مشار إليه فى عرفه ص٤١٤هامش(٤) .

ولمــا كان فى تجهيل الوكيل وكالته على الغير خطأ تدليسيا لا يمكن افتراضه فإنه يقع على عاتق الغير إثبات ذلك .

ويعتبر الوكيل مسئولا فى مواجهة الغير عن تجاوزه حدود الوكالة إذا اقــترن كشفه للغير عن سعة وكالته بتعهده أن يحمل الموكل على إجازة هــذا التصــرف ، فيكون الوكيل فى مثل هذا الفرض متعهدا عن الغير، ويسأل عن فشله فى الحصول على إجازة الموكل (م ١٥٣ مدنى) .

كمــا يسأل الوكيل عن الضرر الذى يلحق الغير نتيجة خطأ ثابت فى جانبه على أساس المسئولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة ١٦٣ مدنى. ولا يعفــيه مــن المسئولية كون الموكل مسئولا عن تعويض الضرر الذى يلحق الغير نتيجة غش الوكيل أو تدليسه ، لأن مسئولية الموكل لا تجب مســئولية الوكيل التى تقوم على أساس الخطأ الثابت فى جانبه فلا مفرله منها . وكل ما يترتب على اشتراكهما فى الخطأ أو تواطئهما على التدليس هو حق الغير فى الرجوع عليهما بالتضامن (م ١٦٩ مدنى) .

موضوع رقم (٣٤)

(الوكـالة الظاهـرة)

٣٦١ـ تعريف الوكالة الظاهرة :

الوكالـة الظاهـرة هى الوكالة التى يعمل فيها الوكيل دون نيابة عن الموكـل، وذلك بألا تكون لديه وكالة أصلا ، أو بأن يستمر فى العمل كوكيل بعد انتهاء الوكالة ، أو بأن يعمل بوكالة باطلة أو قابلة للإبطال بعـد إبطالها ، أو بأن تكون لديه وكالة صحيحة ، ولكنه تجاوز الحدود المرسـومة للوكالـة ، ويكون الغير المتعاقد معه حسن النية يعتقد بقيام الوكالة ، لوجود مظهر خارجى للوكالة منسوب إلى الموكل .

ونظـرية الوكالـة الظاهرة نظرية صاغها القضاء وتابعه فيها الفقه ، ليواجه بـها الضـرورات العملية ، وليوطد استقرار التعامل ، ولو خرج فى ذلـك عـلى المـنطق القانونى . ولها مع ذلك سند تشريعي فى بعض تطبيقاتـها ، كما سنرى .

٣٦٢ـ شروط الوكالة الظاهرة :

يشترط لتوافر الوكالة الظاهرة توافر شروط أربعة هى :

١- أن يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة .

٢- أن يكـون الغـير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب .

٣- أن يقوم مظهر خارجى للوكالة منسوب للموكل .

٤- أن يكون الموكل قد أسهم بخطئه فى ظهور الشخص بمظهر الوكيل.

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلى .

الشرط الأول:

أن يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة :

ويكون ذلك بألا تكون لدى الوكيل نيابة أصلا ، أو بأن يستمر فى العمل كوكيل بعد انتهاء الوكالة ، أو بأن يعمل بوكالة باطلة أو قابلة للإبطال بعد إبطالها ، أو بأن تكون لديه وكالة صحيحة ، ولكنه تجاوز الحدود المرسومة للوكالة. وأكثر حالات تجاوز حدود الوكالة ، أن تكون الوكالة غامضة العبارة ، أو واسعة المدى فى ظاهرها ، ولكنها مقيدة فى حقيقتها بقيود لا يستطيع معرفتها الغير الذى يتعامل مع الوكيل ، أو كانت هناك شروط تحفظية واتفاقات سرية بين الموكل والوكيل ولاتستفاد من الوكالة نفسها ، فيجاوز الوكيل حدود الوكالة متوسعا فى تفسير العبارة الغامضة ، أو غير مراع للشروط التحفظية والاتفاقات السرية التى عقدها مع الموكل .

ومن أمثلة ذلك أن يكون نظام الشركة قد قيد على غير المألوف سلطات مدير الشركة ، فيخرج المدير على هذه القيود فى تعامله مع الغير، ويعتقد الغير بحسن نية أن المدير يعمل فى حدود نظام الشركة [1].

ومن صور عمل الوكيل متجاوزا حدود الوكالة ، أن تكون الوكالة قد انتهت لأى سبب من الأسباب المنهية للوكالة ، ومع ذلك يستمر الوكيل فى مباشرة الوكالة .

---

(١) السنهورى ص ٧٧٧ وهامش (١) وما بعدها .

ومثال ذلك أن تنتهى الوكالة بموت الموكل أو فقده أهليته أو إفلاسه ، أو بعـــزل الوكيل أو تنحيته عن الوكالة . وهذه الحالة هى أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعا . وبخاصة إذا عمل الوكيل بعد انتهاء مهمته وبعد عزله أو بعد موت الموكل فإنه من السهل فى هذه الفروض أن يتوهم الغير الذى يتعامل مع الوكيل أن الوكالة لانزال باقية ، فقد يبقى سند الوكالة بيد الوكيل بعد انتهاء مهمته فيطمئن الغير إليه ، كما يقع كثيرا أن يخفى على الغير أمر عزل الوكيل أو أمر موت الموكل.

وقـــد يعمـــل الوكيل دون وكالة أصلا ، كما إذا تقدم شخص مثلا بمخالصـــة من الدائن لقبض دينه ، ويكون قد استولى على هذه المخالصة خلســـة فيقـــبض الدين دون أن تكون عنده وكالة أصلا ، وحينئذ يعتبر قبضه صحيحا مبرئا لذمة المدين وذلك إعمالا لنص المادة ٢٣٢ مدنى التى تقضـــى بأن : " ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن " .

ومـــثل ذلك أيضا استئجار شخص متجرا لاستغلاله فى مقابل أجرة شـــهرية يسددها لصاحب المتجر ، ويظل المستأجر يستعمل أوراق المتجر الـــتى تحمـــل اســـم صاحبه ، فإن التصرفات التى يعقدها المستأجر تلزم صـــاحب المـــتجر إذ يعتبر المستأجر وكيلا ظاهرا عنه وإن لم تكن عنده وكالة عنه أصلا [1].

---

(١) قدرى عبد الفتاح الشهاوى ص ٤١٢ .

ويعتبر فى حكم انعدام الوكالة ، الوكالة الباطلة ، فإذا عمل الوكيل بوكالة باطلة ، كما إذا كانت مهمة الموكل شراء منزل لإدارته للمقامرة أو الدعارة ، وكان الوكيل يعلم بذلك . فإن الوكالة تكون باطلة لعدم مشروعية السبب ومع ذلك إذا اشترى الوكيل المنزل بموجب هذه الوكالة الباطلة ، وكان البائع لا يعلم ولايستطيع أن يعلم بالسبب غير المشروع، فإنه يستطيع أن يلزم الموكل بالبيع .

ويأخذ حكم الوكالة الباطلة ، الوكالة القابلة للإبطال ، كالتوكيل الصادر من قاصر ، أو من موكل وقع فى غلط جوهرى أو إكراه أو تدليس. فإذا عمل الوكيل بموجب هذه الوكالة ، وكان المتعامل معه يجهل أن الوكالة قابلة للإبطال ، فإن أثر تصرف الوكيل ينصرف إلى الموكل، حتى لو حصل هذا على حكم بإبطال الوكالة [1].

وعبء إثبات هذا الشرط يقع على عاتق الموكل ، إذ المفروض أن الوكيل عندما يعمل باسم الموكل يكون نائبا عنه فى التصرف الذى يبرمه، فإذا أراد الموكل أن يتنصل من هذا التصرف . فعليه أن يثبت انعدام نيابة الوكيل [2].

وأحيانا قد يجهل الوكيل والغير معا انتهاء الوكالة وقد اختص المشرع هذه الحالة بنص خاص هو المادة ١٠٧ مدنى التى تجرى على أن : "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة،

---

(١) السنهورى ص ٧٨١ — المستشار فتيحه قره ص ٤٥ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٧٨١ — محمد قدرى الشهاوى ص ٤١٣.

فــإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه"، كما ورد فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى فى خصوصها نص آخر هو المادة ٩٥٥ من المشروع ، وقد حذف فى لجنة المراجعة [١].

الشرط الثانى :

أن يكــون الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب :

يشترط أن يتوافر لدى الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية ، فلو كــان سئ النية بمعنى أنه كان على علم بانعدام وكالة الوكيل ، فإنه لا يكون جديرا بالحماية التى تكفلها له نظرية الوكالة الظاهرة ، وعليه تحمل تبعة التصرف الذى أبرمه .

وكمــا أوضحنا سلفا أنه يقع على عاتق الغير الذى يتعاقد مع الوكيل الــتحقق مــن وكالته قبل أن يتعاقد معه ، وله أن يطلب منه تقديم سند وكالته بالتفصيل الذى ذكرناه فى موضعه .

ولا ينفى هذا الشرط أن يكون الغير قد أبرم التصرف بعد أن تعهدله الوكــيل بالحصول على إقرار الموكل بالتصرف ، لأن هذا التعهد لا يلزم الموكل بالتصرف إلا إذا أقره بالضوابط التى ذكرناها سلفا .

غير أنه يجوز للغير الرجوع على الوكيل بالتعويض إذا لم يحصل الوكيل على إقرار الموكل بالتصرف .

فالمفترض أن الغير يعلم بانعدام نيابة الوكيل قبل التعاقد معه . ومن ثم يجــب عــلى الغير إثبات حسن نيته وأنه كان لا يعلم بانعدام النيابة عند

---

(١) الســنهورى ص ٧٧٩ وما بعدها – المستشار فتيحه قره أحكام الوضع الظاهر منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٤٤ وما بعدها .

التعاقد مع الوكيل ، ويستعين الغير فى إثبات ذلك بإثبات المظهر الخارجى المنسوب إلى الموكل وهو المظهر الذى أوهم الغير أن الوكيل نائب فإذا ما أثبت الغير هذا المظهر الخارجى ، وأثبت فى الوقت ذاته أنه غير مقصر فى الانسياق وراء هذا المظهر ، بل اتخذ من الاحتياطات ما يتخذه الشخص المعتاد فى الظروف التى تم فيها التعاقد مع الوكيل ليتثبت من أن هذا المظهر يطابق الواقع ، فقد تم له بذلك إثبات حسن نيته [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل ، أن يكون المظهر الخارجى الذى أحدثه هذا الأخير خاطئا ، وأن يكون الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجى دون أن يرتكب خطأ أو تقصيرا فى استطلاع الحقيقة . ولما كان تعبير المدير وفقا لنظام الشركة المشهر – والذى صار حجة على الكافة – لايترتب عليه خلق مظهر خارجى خاطئ من شأنه أن يخدع المتعامل معه ، وكان المدين الذى اتفق معه على إبرائه من جزء من المدين المستحق فى ذمته ، لايعتبر حسن النية لأنه كان يعلم أن هذا التصرف التبرعى لا يملكه مجلس الإدارة بغير ترخيص من الجمعية العمومية للمساهمين ، ولا يملك توكيل غيره فى إجرائه ، ومن ثم فإن موافقة المدير على هذا الإبراء لا تكون حجة على الشركة الطاعنة لانعدام نيابته عنها فى الحقيقة والظاهر " .

(طعن رقم ٢٢٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/٢١)

---

(١) السنهورى ص ٧٨٢ – قدرى الشهاوى ٤١٣ وما بعدها .

ولايتطلب هذا الشرط أن يكون الوكيل الذى يتعامل مع الغير حسن النية ، فقد يكون الوكيل سئ النية يعلم أنه يجاوز حدود وكالته ، أو أن وكالته منعدمة أو باطلة أو قابلة للإبطال أو منقضية، ومع ذلك ينصرف أثر التصرف الذى أبرمه مع الغير إلى الموكل . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا يؤكد هذا المعنى ، إذ كانت المادة ٩٩٥ من هذا المشروع تنص على أنه : " ١-تعتبر الوكالة قائمة فى جانب الوكيل ، حتى لو كانت قد انتهت ، مادام لايعلم بانتهائها . ٢- ولايجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذين تعاقدوا مع الوكيل قبل علمهم بانتهائها " .

فالفقرة الأولى من المادة ، خاصة بعلاقة الموكل بالوكيل ، وتقضى بأنه إذا لم يعلم الوكيل بانقضاء وكالته ، فإن وكالته تبقى قائمة بحيث لو تعاقد مع الغير حسن النية فانصرف التعاقد إلى الموكل لم يجز لهذا الأخير أن يرجع عليه بالتعويض ، أما إذا تعاقد مع شخص سيئ النية أى يعلم بانتهاء الوكالة فإن أثر التصرف لاينصرف إلى الموكل ، ولا مجال لهذا الغير لمطالبة الموكل بالتعويض .

أما الفقرة الثانية من المادة ، فهى خاصة بعلاقة الموكل بالغير ، إذا كان الغير حسن النية لايعلم بانتهاء الوكالة وقت تعاقده مع الوكيل ، وتقضى بانصراف أثر التصرف للموكل سواء كان الوكيل حسن النية أو سيئ النية، لأن النص جاء عاما لم يفرق بين حسن النية وسوء النية ، وهو يعتبر تطبيقا بارزا من أهم تطبيقات الوكالة الظاهرة [1].

---

(١) السنهورى ص ٧٨٣ وما بعدها — المستشار فتيحه قره ص ٤٦ وما بعدها .

وقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن المادة ١٠٧ مدنى — وهى ضمن المواد التى تحيل إليها المادة ٧١٣ مدنى — تنص على أنه : " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان وقت التعاقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه، حقا كان أو التزاما ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه" ، قد يوهم باشتراط حسن نية الوكيل والغير الذى تعاقد معه لقيام الوكالة الظاهرة ، والصحيح أن النص لا يعرض لحالة الوكالة الظاهرة ، بل يعرض لحالة ما إذا كان النائب حسن النية لايعلم بانقضاء نيابته،فيقرر أن تصرفه ينصرف إلى الأصيل ، ولكنه يشترط لذلك أن يكون الغير الذى تعاقد معه حسن النية ، إذ لو كان الغير سيئ النية لما شفع فى سوء نيته حسن نية النائب، وهذا المعنى يظهر بوضوح إذا رجعنا للمشروع التمهيدى لنص المادة ١٠٧ مدنى فهو يقول : " مادام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، ينصرف إلى الأصيل وخلفائه كما لو كانت النيابة لاتزال باقية ، هذا إذا كان الغير الذى تعاقد مع النائب يجهل أيضا أن النيابة قد انقضت فعدلت لجنة مجلس الشيوخ هذا النص، وأصبح على الوجه الذى نراه فى المادة ١٠٧ ، وصار بذلك غاضما يوقع فى الوهم الذى أشرنا إليه ، وإن كانت لجنة مجلس الشيوخ قد ذكرت أنها عدلت النص " حتى يكون المعنى أوضح دون مساس بجوهر الحكم " ، فالنص على الوجه الذى عدل به فى مجلس الشيوخ، يشترط حسن نية كل من الوكيل والغير الذى تعاقد معه ، فيكون فيه تزيد إذ الصحيح أنه لا يشترط إلا حسن نية الغير الذى تعاقد الوكيل معه [١].

---

(١) السنهورى ص ٧٨٥ وما بعدها .

إلا أن رأيـــا آخر ذهب إلى أنه يجب فى تطبيق المادة سالفة الذكر ألا يكـــون الوكيل سيئ النية وهذا يستفاد من عبارة (يجهلان معا) الواردة بالنص ، وأن هذه الحالة هى أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعا ، وقد اختصـــها المشرع باشتراط حسن نية الوكيل والغير حتى يسرى التصرف قبل الموكل [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر أن الوكالة لا تنتهى بمجرد تحقق سبب انتهائها ، بل يجب أن يعـــلم الوكيل بسبب الانتهاء ، وقد يعمل الوكيل بعد انتهاء الوكالة إذا استمر يعمل وكيلا باسم الموكل بعد أن انتهت مهمته التى وكل فيها ، أو بعد أن عزله الموكل أو بعد أن انتهت الوكالة بأى سبب آخر من أسباب انتهائـــها وهذه الحالة هى أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعا ، وبخاصة إذا عمل الوكيل بعد انتهاء مهمته أو بعد عزله ، فإنه من السهل فى هذه الفروض أن يتوهم الغير الذى يتعامل مع الوكيل أن الوكالة لا تزال باقية، فقـــد يبقى سند التوكيل بيد الوكيل بعد انتهاء مهمته فيطمئن الغير إليه ، ســـيما إذا كـــان النائب ومن تعاقد معه يجهلان انقضاء الوكالة ومن ثم اختص المشرع هذه الحالة بنص خاص هو المادة ١٠٧ من القانون المدنى وتـــنص هـــذه المادة على أنه إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه حقا كان أو التزاما ، يضـــاف إلى الأصـــيل أو خلفائه ومفاد ذلك وعلى ما جرى عليه قضاء

---

(١) محمد على عرفه ص ٤١٩ .

محكمة النقض أن القانون لايحمى الغير الذى تعامل مع النائب بعد انقضاء النـيابة إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معا يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد " .

(طعن رقم ٣٩٨٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٤/١٣)

ولما كانت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فى قضـائها الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٢/١٦ فى الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ ق— كمـا سنرى فى الشرط الرابع — أرست قاعدة عامة للأوضاع الظاهـرة — ولـو لم يرد فى حالة منها نص— و لم تشترط لتحقق الوضع الظاهـر سـوء نية صاحب الوضع الظاهر الذى أبرم التصرف مع الغير حسـن النية ، فإن العدالة تقتضى التسوية بين الحالة الواردة بالمادة ١٠٧ مـدنى ، والحـالات الأخرى التى لم يرد بشأنـها نص ، والقول بعدم اشـتراط حسن نية الوكيل لتحقق الوكالة الظاهرة والتى يترتب عليه أن يضاف آثار تصرف الوكيل إلى الأصيل .

الشرط الثالث :

أن يقوم مظهر خارجى للوكالة منسوب للموكل :

يشـترط أن يقـوم مظهر خارجى للوكالة منسوب للموكل ، بحيث تكون الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنـها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقـة هذا المركز للحقيقة ، ومن شأنه أن يخدع الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر. ويشفع للغير فى حسن نيته، ويجعله معذورا فى تعاقده مع الوكيل الظاهر، وهذا المظهر الخارجى للوكالة هو جوهر الوكالة الظاهرة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " ..... وكان يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية ، ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقى ، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنـها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة ، فـإن الحكـم المطعون فيه إذ أطلق القول ببطلان التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر ، أغفل بحث دفاع الطاعن وتحقيق عناصره بمقولة إن نظرية الموظف الفعلى مختلف عليها ولا محل للاستدلال بـها ، يكون مشوبا بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب ، بـما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ٥٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١١/٣٠)

٢- " يشـترط لاعتـبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل قيام مظهر خارجى خاطئ منسوب للموكل من شأنه أن يخدع الغير الذى يتعامل مع الوكـيل الظاهر . وإذ كان الثابت فى الدعوى – على ما سجله الحكم المطعـون فيه – أن الشركة المطعون ضدها لم تعين السيد /.... بمقتضى العقـد المـبرم بيـنهما مديرا لها بل عينته ليتولى الإشراف على الأعمال الإداريـة إلى جانب مديرها الذى له حق التوقيع الملزم لها ، وكان الطاعن "العـامل" لم يدع فى دفاعه أمام محكمة الموضوع وجود مظهر خارجى يجعله معذورا فى أن يعتقد أن للسيد ..... سلطة تعين العاملين بالشركة، وكان وضع الأخير فى الشركة على ذلك النحو الذى لا يشكل أى خطأ مـن جانـبها مما ينأى به عن توافر ذلك المظهر ، وكان مؤدى ذلك هو

انــتفاء صــفة الوكـــيل الظاهر أو المدير الظاهر عنه ، فإن الدفاع الذى يتمســـك بـــه الطاعن يكون دفاعا لا سندله من القانون وغير مؤثر فى النتـــيجة الـــتى انتهى إليها الحكم المطعون فيه وبالتالي يكون النعى على الحكم بالقصور لإغفاله ذلك الدفاع غير منتج " .

(طعن رقم ٦٣٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١١/٢٢)

٣- (أ)- " الغير المتعامل مع الوكيل يعتبر أجنبيا عن تلك العلاقة بين الوكـــيل والموكـــل — مما يوجب عليه فى الأصل أن يتحقق من صفة من يـــتعامل معه بالنيابة عن الأصيل ومن انصراف أثرالتعامل تبعا لذلك إلى هذا الأخير إلا أنه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصيل ما ينبئ فى ظاهر الأمـــر عـــن انصراف إرادته إلى إنابته لسواه فى التعامل باسمه كأن يقوم مظهر خارجى منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم للغير ويجعله معذورا فى اعتقاده بأن ثمة وكالة قائمة بينهما ، إذ يكون من حق الغير حسن النية فى هـــذه الحالـــة — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن يتمسك بانصـــراف أثـــر التعامل-الذى أبرمه مع من اعتقـــد بحق أنه وكيل- إلى الأصـــيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما — وهى غير موجودة فى الواقع بل على أساس الوكالة الظاهرة ذلك لأن ما ينسب إلى الأصيل فى هذا الصدد يشكل فى جانبه صورة من صور الخطأ الذى من شأنه أن يخدع الغير حسن النية فى نيابة المتعامل معه عن ذلك الأصيل ويحمله على الـــتعاقد معـــه بـــــهذه الصـــفة وهو ما يستوجب من ثم إلزام الأصيل بالـــتعويض عـــن هذا الخطأ من جانبه ، ولما كان الأصل فى التعويض أن

يكــون عينــيا . كلما كان ممكنا فإن سبيله فى هذه الحالة يكون بجعل التصــرف الذى أجراه الغير حسن النية نافذا فى حق الأصيل – وإذ كان ذلك وكان مؤداه أنه يترتب على قيام الوكالة الظاهرة ما يترتب على قيام الوكالــة الحقيقــية من آثار فيما بين الموكل والغير ، بحيث ينصرف إلى الموكل أثر التصرف الذى عقده وكيله الظاهر مع الغير " .

(طعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩)

(ب)- " إذ يــبين من مطالعة أوراق الطعن- أن محكمة الموضوع قد استخلصت من الوقائع الثابتة بالأوراق ومن القرائن المقدمة إليها وظروف الأحــوال أن عقد الإيجار المحرر للمطعون عليه عن شقة النــزاع صادرله مــن محام كان هو الوكيل عن الطاعن فى التأجير وأنه هو الذى قام فعلا بــتأجير جمــيع شــقق العقار الواقع به شقة النــزاع إلى مستأجريــها وتحصــيل أجرتــها ـ ورتبت المحكمة على ذلك أن المحامى المذكور هو وكيل ظاهر عن الطاعن فى تأجير شقة النــزاع إلى المطعون عليه ومن ثم ينصــرف أثــر العقد إلى الطــاعن وكــان قيام الوكالة الظاهرة فى هذا الخصــوص ممــا يجــوز إثباته بالقرائن . ولما كان ما استخلصته محكمة الموضــوع مــن ذلــك وعلى نحو ما سلف بيانه – قيام مظهر خارجى منسوب للطاعن كان من شأنه أن أوهم المطعون عليه وجعله معذورا فى اعــتقاده بــأن هناك وكالة قائمة بين المؤجرله وبين الطاعن، وكان هذا الاستخلاص منها وفى حدود سلطتها الموضوعية سائغا ومؤديا لما انتهت إليه وكافيا لحمل قضائها. فإنــها لا تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون، ويكون النعى على الحكم المطعون فيه على غير أساس " .

(طعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩)

٤- " ولــئن كانـــت التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخـــالف للحقـــيقة إلى الغير حسن النية ، يترتب عليها ما يترتب على التصـــرفات الصادرة من صـــاحب المركز الحقيقى ، متى كانت الشواهد المحـــيطة بالمركز الظاهرمن شـــأنـــها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة ، ويحتج بـــهذه التصرفـــات على صاحب المركز الحقيقى ... إلخ".

(طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢١)

ومن أمثلة تحقق الوضع الظاهر :

١- أن تكـــون الوكالة غامضة العبارة تحتمل التفسير الذى ذهب إليه الوكيل فجاوز به حدود الوكالة .

٢- أن تكون هناك تحفظات أو اتفاقات سرية لا يعلم بـــها الوكيل.

٣- أن يكون مدير الشركة الذى جاوز حدود اختصاصه إنـــما باشر فى الواقع عملا يدخل فى المألوف من اختصاصات مديرى الشركات فلم يجد الغير الذى تعامل معه ما يدعو إلى مزيد من التحرى والتثبت [١].

٤- أن يـــتعاقد مندوب إحدى شركات الأقطان فى القرى مع مزارع على شراء محصوله وتحريره العقد على مطبوعات الشركة ، مع علم الكافة بصلته بالشركة [٢].

---

(١) السنهورى ص ٧٨٧ .

(٢) اســـتئناف المنصورة فى ١٩٦٠/١/٣٠ فى القضية رقم ٤٣ تجارى لسنة ١٠ ق (مشار إليه فى جمال مرسى بدر ص ٢٦٥) .

٥- إعطاء الموكل الوكيل توكيلا على بياض ، فيملأ الوكيل هذا التوكيل بما يجاوز حدود الوكالة المتفق عليها بينهما .

٦- أن يحرر الدائن مخالصة فيسرقها آخر ويقدمها لقبض الدين .

٧- إذا كان التوكيل باطلا أوقابلا للإبطال إذ لا يستطيع الغير التحقق من سلامة التوكيل .

٨- عزل الوكيل دون أن يتخذ الموكل الاحتياطات الكافية لإعلان عزله .

٩- انتهاء مهمة الوكيل دون أن يسترد منه الموكل سند وكالته .

الشرط الرابع:

أن يكون الموكل قد أسهم بخطئه فى ظهور الشخص بمظهر الوكيل :

يشترط أن يكون الموكل قد أسهم بخطئه — سلبا أو إيجابا- فى ظهور الوكيل بمظهر الوكيل الذى يتعاقد فى حدود الوكالة ، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه ، للشواهد المحيطة بهذا المركز ، والتى من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة .

وهذا الشرط أخذت به **الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فى الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ ق " هيئة عامة " بجلسة ١٩٨٦/٢/١٦** ، فى مجال إرسائها لقاعدة عامة للوضع الظاهر، كما أخذت به من قبلها بعض أحكام دوائر النقض .

وقد جاء بحكم الهيئة العامة سالف الذكر أنه :

" وحيث إنه مما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب، وفى بيان ذلك يقولون إن الحكم أقام

قضـــاءه عـــلى سند من عدم نفاذ عقود الإيجار الصادرة من ابنة المطعون عليها الأولى إلى الطاعنين فى حق مورثة المطعون عليهم من الثانى إلى الأخيرة، لتقصيرهم فى التأكد من صفة المؤجر لهم ، ولو كانوا حسنى النية، فى حين أنـــهم تمسكوا أمام محكمة الموضوع بنفاذ تصرفات المالك الظاهر فى حق المـــالك الحقـــيقى متى كان من صدر إليه التصرف حسن النية ، وكانت المظاهـــر العامة من شأنـــها أن تولد لديه خطأ شائعا بأن صاحب المركز الظاهر هو صاحب الحق فيما أجراه من تصرفات .

وحيـــث إن هذا النعى فى محله ، ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة على النحو السالف بيانه- نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهـــر والغـــير حسن النية ، فى موجهة صاحب الحق ، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه — سلبا أو إيجابا — فى ظهور المتصرف على الحق بمظهـــر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بـــهذا المركـــز والتى من شأنـــها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهـــر للحقيقة ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وحجب نفسه عن تمحيص دفاع الطاعنين آنفة الذكر للتحقق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر ، وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه لهذا السبب ، دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن " [1].

---

(١) ومـــن الأحكام الصادرة من دوائر محكمة النقض التى أخذت بـــهذا المبدأ :
طعـــن رقم ٢٢٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/٢١ طعن رقم ٥٣ لســـنة=

وقـد تبنـت دوائر المحكمة هذا القضاء فيما بعد . وعلى سبيل المثال قضى :

١- بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٠ فى الطعن رقم ٦٥ لسنة ٥٦ ق بأن:

" إذا كـان الغير المتعاقد مع الوكيل يعتبر أجنبيا عن تلك العلاقة بين الوكيل والموكل مما يوجب عليه فى الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل معه بالنيابة عن الأصيل وانصراف أثر التعامل تبعا لذلك إلى هذا الأخير، إلا أنـه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصيل ما ينبئ فى ظاهر الأمر عن انصـراف إرادته إلى إنابته لسواه فى التعامل باسمه بأن يكشف عن مظهر خـارجى منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذورا فى اعـتقاده بـأن ثمة وكالة قائمة بينهما ومن حق الغير حسن النية فى هذه الحالة أن يتمسك بانصراف أثر التعامل الذى أبرمه مع من اعتقد بحق أنه وكـيل – إلى الأصيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما – وهى

= ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١١/٣٠- طعن رقم ٦٣٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ٢٢/ ١٩٧٥/١١ – طعـن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩ – طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢١ – طعن رقم ٢٣٨٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٤/١/٩- طعن رقم ١٩٥١لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٨.

وهـناك بعـض أحكـم النقض التى رفضت الأخذ بنظرية الوضع الظاهر ، وقصرتـها على ما ورد بشأنه نص .

ومـن هذه الأحكام : طعن رقم ٤٠١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٩ – طعـن رقم ٤٧٥ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٧ – طعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٦/١٦.

غــير موجــودة فى الواقع بل على أساس الوكالة الظاهرة، ذلك لأن ما ينسب إلى الأصيل فى هذا الصدد يشكل فى جانبه صورة من صور الخطأ التى من شأنــها أن تخدع الغير حسن النية فى نيابة المتعامل معه عن ذلك الأصــيل ودفعه إلى التعامل معه بــهذه الصفة وهو أمر يقتضى أن يكون مــا نسب إلى الأصيل سابقا على إبرام العقد بشرط أن يكون مؤديا إلى خداع الغير وأن يكون هذا الغير حسن النية فى اعتقاده وأن يكون الإيهام الــذى دفعه إلى التعاقد قد قام على مبررات اقتضتها ظروف الحال بحيث لاتــترك مجالا للشك والإيهام ، وكل فعل يأتيه صاحب الوضع الظاهر- دون اشتراك الأصيل- لاتتحقق به فكرة الوكالة الظاهرة عن الأصيل ولو كــان مؤديــا بذاته إلى خداع الغير ، وتستقل محكمة الموضوع بتقدير المظاهــر المؤدية إلى قيام الوكالة الظاهرة بشرط أن يكون بأسباب سائغة ومؤدية إلى ما انتهت إليه " .

٢- بتاريخ ١٩٩٢/٢/٢٧ فى الطعن رقم ١٩٣٧ لسنة ٥٥ق بأن:

" المقــرر أن تصرفات صاحب المركز الظاهر إلى الغير حسن النية لها نفس آثار تصــرفات صاحب المركز الحقيقى متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنــها أن تولد الاعتقاد بمطابقة هذا المركز للحقيقة وكــان صاحب الحق قد أسهم بخطئه سلبا أو إيجابا فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه " .

٣- بتاريخ ١٩٩٢/١٢/٣٠ فى الطعن رقم ٣٣٤ لسنة ٥٨ ق بأن :

"المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه ولئن كانت العقود لاتنفذ إلا فى حق عاقديهــا ، وأن صــاحب الحق لايلتزم بما يصدر عن غيره من تصرفات

بشـأنـها ، إلا أنـه باستقراء نصوص القانون المدنى يبين أن المشرع قد اعـتد فى عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة ، وحماية حركة التعامل فى المجتمع وتنضبط جميعا مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها بـما يحول دون وصفها بالاستثناء ، وتصبح قاعدة واجبة الإعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها ، ومؤداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه – سلبا أو إيجابا- فى ظهـور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى الـتعاقد معـه للشواهد المحيطة بـهذا المركز والتى من شأنـها أن تولد الاعـتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق " .

ومـن أمـثلة الخطأ الذى يسهم به الموكل فى ظهور الشخص بمظهر الوكيل الذى يتصرف فىحدود وكالته ، أن يكون قد أساء اختيار وكيله، أو أهمـل فى الإشراف عليه أو إذا كانت الوكالة التى عقدها مع الوكيل غامضـة العـبارة ، أو كانت واسعة المدى فى ظاهرها ولكنها مقيدة فى حقيقتها لقيود لا يستطيع الغير الذى يتعـامل مع الوكيل معـرفتها. أو كانـت هناك شروط تحفظية واتفاقات سرية لا تستفاد من عقد الوكالة ذاته .

أو إذا كانت الوكالة قد انتهت ومع ذلك لم يسترد الموكلسند الوكالة من الوكيل . أو لم يتخذ الاحتياطات الكافية للإعلان على انتهاء الوكالة.

آثار توافر شروط الوكالة الظاهرة

٣٦٣ (أ) - فيما بين الموكل والغير :

إذا توافـــرت شـــروط الوكالة الظاهرة الأربعة سالفة الذكر ، ترتبت علـــيها آثار الوكالة الحقيقية . فيما بين الموكل والغير . فيسرى التصرف الذى أبرمه الوكيل مع الغير قبل الموكل ، ويكون لكل من الموكل والغير مطالبة الآخر بالالتزامات الناشئة قبله من عقد الوكالة .

وانصـــراف أثـــر الوكالة الظاهرة إلى الموكل ، هو حق للغير ، وليس واجـــبا علـــيه، فهو مقرر لصالحه ، استقرار للتعامل الذى تم على أساس الوضع الظاهر الخاطئ ، ومن ثم جاز له النـــزول عن هذا التصرف ، وفى هذه الحالة لاينصرف التصرف الذى أجراه الوكيل الظاهر إلى الموكل.

٣٦٤- (ب)- فيما بين الموكل والوكيل الظاهر :

إذا كان الوكيل الظاهر حسن النية ، بمعنى أنه رغم أنه جاوز حدود الوكالة حقيقة ، فإنه كان يعتقد أنه يعمل فى حدود الوكالة ، أو رغم أن الوكالة كانت باطلة ، فإنه كان يعتقد أن الوكالة صحيحة، فلا مسئولية عليه قبل الموكل ولايجوز للأخير الرجوع عليه بثمة تعويض.

غـــير أنه يراعى أنه إذا كانت الوكالة قد انتهت بأحد الأسباب التى تنهى الوكالة دون أن يعلم به الوكيل ، فإن الوكالة تبقى قائمة ، وتكون الوكالة حقيقية وليست ظاهرة .

أمـــا إذا كـــان الوكيل الظاهر سيئ النية ، بمعنى أنه كان يعلم أن الوكالة غير قائمة ، بأن تجاوز حدودها أو أنـــها انتهت أو كانت باطلة،

ومـــع ذلـــك أقدم على التصرف مع الغير ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ تقصيريا قبل الموكل يستوجب التعويض عملا بالمادة ١٦٣ مدنى .

ويكـــون التعويض عما لحق الموكل من ضرر من جراء انصراف أثر التصرف الذى أبرمه الوكيل مع الغير إليه .

وإذ كـــان تحقيق الوكالة الظاهرة هو مما يخالطه واقع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كـــان تحقيق قيام الوكالة الظاهرة هو مما يخالطه واقع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٨)

٣٦٥ـ الأساس القانونى لنظرية الوكالة الظاهرة :

تعـــددت الآراء فى تحديد الأساس القانونى لنظرية الوكالة الظاهرة . فذهـــب رأى إلى إقامة الوكالة الظاهرة على أساس المسئولية المبنية على الخطـــأ. وذهب رأى ثان إلى أن أساسها تحمل التبعة. وذهب رأى ثالث إلى أنـــها تقوم على أساس المسئولية عن أعمال الوكيل .

والرأى الأول الذى يؤسس الوكالة الظاهرة على أساس المسئولية المبنية عـــلى الخطـــأ ، يرجع هذا الخطأ إلى الموكل لأنه أخطأ فى خلق المظهر الخارجى للوكالة الذى انخدع به الغير ، وذلك على النحو الذى أوضحناه بالأمـــثلة الواردة فى الشرط الرابع من شروط الوكالة الظاهرة . وأن هذا الخطـــأ يستوجب التعويض ، وخير تعويض هو التعويض العينى فينصرف أثر التصرف الذى عقده الوكيل الظاهر إلى الموكل [1].

---

(١) السنهورى ص ٧٩٤ .

وهـــذا الـــرأى هو الذى اعتنقه الحكم الصادر من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض فى الطعن رقم ٦٢٨ لسنة ٥٤ ق (هيئة عامة) جلسة ١٩٨٦/٢/١٦ وأخذت به قبل ذلك بعض الدوائر المدنية فى الطعـــنين رقمى ٨٧٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩ ، طعن رقم ٦٣٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١١/٢٢ منشورين (بالشرط الرابع من شروط الوكالة الظاهرة بند ٣٦٢) .

٣٦٦ـ مسئولية الموكل نحو الغير عن خطأ وكيله :

الأصل أن الموكل لايكون مسئولا عن الخطأ الذى ارتكبه وكيله ، لأن الوكـــيل يـــنوب عن الموكل فى التعاقد مع الغير فينصرف إليه آثار هذا التعاقد ، ولكنه لاينوب عنه فى الخطأ الذى يرتكبه .

وعـــلى ذلك إذا جاوز الوكيل حدود الوكالة وتعاقد مع الغير حسن النية دون أن تتوافر شروط الوكالة الظاهرة فإن الغير يرجع بالتعويض على الوكيل دون الموكل . وإذا كان الوكيل مفوضا فى بيع منقول وتسليمه ، فـــباعه وبـــدلا من تسليمه اختلسه ، كان مسئولا قبل المشترى عن هذا الاخـــتلاس . أمـــا الموكـــل فيكون مسئولا أيضا عن عدم تسليم المبيع للمشترى ، ولكن لا بموجب مسئولية تثبت فى جانبه على خطأ الوكيل، وإنـــمـــا بموجـــب البيع الذى عقده الوكيل باسمه فانصرف أثره إليه إذ أصبح ملتزما بتسليم المبيع إلى المشترى [1].

---

(١) السنهورى ص ٧٩٧ وما بعدها — المستشار فتيحه قره ص ٥٣ وما بعدها.

ومع ذلك يكون الموكل مسئولا نحو الغير عن خطأ الوكيل فى حدود قواعد المسئولية التقصيرية، وكذلك فى حدود قواعد الوكالة ذاتها. أما فى حدود قواعد المسئولية التقصيرية، فإن الموكل يسأل عن خطأ الوكيل إذا ارتكب هو خطأ جر إلى خطأ الوكيل ، كأن أهمل فى رقابته حيث تجب عليه هذه الرقابة أو كان الخطأ الذى ارتكبه الوكيل ليس إلا تنفيذا لتعليمات تلقاها منه ، ويكون الموكل فى هذه الحالة مسئولا عن خطئه الشخصى لا عن خطأ الوكيل .

وكذلك يسأل الموكل عن خطأ الوكيل إذا كان الوكيل مرتبطا به ارتباط التابع بالمتبوع ، كأن يكون خادما عنده أو مستخدما فى متجره، ويكون الموكل فى هذه الحالة مسئولا عن خطأ الوكيل مسئوليته عن التابع، ويتفرع على ذلك أن تكون الشركة مسئولة عن خطأ مديرها الذى يعد وكيلا عنها ، باعتباره مرتبطا بها ارتباط التابع بالمتبوع .

وأما فى حدود قواعد الوكالة ذاتها ، فلما كان التصرف الذى يبرمه الوكيل باسم الموكل إنما يبرمه بإرادته هو فتحل هذه الإرادة محل إرادة الأصيل، كما أنه يعتد بشخص الوكيل فى العلم بظروف من شأنها أن تؤثر فى هذا التصرف ، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا ارتكب الوكيل تدليسا جر الغير إلى التعاقد معه ، فإن العقد يكون قابلا للإبطال ، ويجوز فوق ذلك للغير أن يرجع بالتعويض على الوكيل والموكل، أيضا كما لو كان التدليس قد صدر منه هو .

كذلك إذا تواطأ الوكيل مع الغير الذى تعاقد معه للإضرار بحقوق دائنى هذا الغير أو تواطأ معه على الصورية ، فإنه يعتد بهذا التواطؤ ويكون الموكل مسئولا عنه فيمتد أثره إليه ، ومن ثم يجوز لدائنى الغير أن يطعنوا فى التصرف بالدعوى البوليصية أو أن يتمسكوا بالعقد الصورى طبقا لقواعد الصورية وذلك كله فى مواجهة الموكل كما لو كان تواطؤ الوكيل مع الغير قد صدر منه هو [1].

---

(١) السنهورى ص ٧٩٩ وما بعدها – المستشار فتيحه قره ص ٥٣ .

موضـوع رقم (٣٥)

(الوكيل المسخر " الذى يعمل باسم مستعار")

٣٦٧- المقصود بالوكيل المسخر " الذى يعمل باسم مستعار" :

القـــاعدة أن الوكيل يعمل دائما لحساب الموكل وحينئذ تكون تلك الوكالة نيابية وهى وكالة مكشوفة . ومع ذلك فقد يرى الموكل أن يخفى اسمـــه فى التصرف الذى فوض فيه الوكيل ، فيشترط فى عقد الوكالة أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى ، ويسخره فى ذلك مستعيرا اسمه . وتسمى الوكالـــة فى هـــذه الحالة بعقد التسخير أو عقد الاسم المستعار، ويسمى الوكيل بالمسخر أو الاسم المستعار .

كمـــا أن الوكالة النيابية التى يعمل فيها الوكيل باسم الموكل باعتباره نائـــبا عـــنه ، تسمح للوكيل بأن يتعاقد باسمه إذا اختار ذلك ، وعندئذ يصبح فى حكم المسخر أو الاسم المستعار وإن كان يفعل ذلك من تلقاء نفسه لا بناء على تسخير الموكل . وتكون الوكالة فى الحالتين وكالة دون نيابة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "متى كان الطاعن قد رفع الدعوى ابتداء باسمه خاصة ، وباعتباره محـــالا بســـند الديـــن موضوع النـــزاع ممن صدرله هذا السند ثم رفع الاســـتئناف باسمه أيضا عن الحكم الابتدائى الذى قضى برفض دعواه، ثم قـــرر الطعـــن بالـــنقض باسمه أيضا فى الحكم الاستئنافى فإن طعنه يكون جائزا– ولايغير من ذلك أن يكون الطاعن قد صرح فى مذكرته الشارحة

بـــأن طعنه هو لحساب ورثة الدائن المحيل أو أن تكون الحوالة قد ارتدت إلى المحيل باتفاق لاحق أو ألا يكون الطاعن قد قدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين ورثة المحيل لإجراء الطعن لأن هذا كله لا يعدو أن يكون تقريرا لأمـــر مشروع فى ذاته قد تضمنه الاتفاق بين الطرفين على إعارة الطاعن اسمــه فى الطعـــن استمرارا للخصومة التى تولاها باسمه أيضا فى مراحلها السابقة . وليس فى القانون ما يلزم الطاعن أن يقدم نص الاتفاق المعقود بيـــنه وبين المحيل على التقرير بالطعن أسوة بما قدمه من الاتفاق على رفع الاستئناف لأن الأصـــل أن مثل هـــذا الاتفاق هو من شـــأن طـــرفيه وحدهما".

(طعن رقم ٩٠ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٤/١)

٢- " من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عمن أعاره وحكمه هو حكم كل وكـــيل فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه لشئ وكل فى أن يحصل عليه لحســـاب موكلـــه ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة ... إلخ " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦)

٣- " مفاد نصوص المادتين ٧١٣ ، ١٠٦ من القانون المدنى أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفـــته أصيلا وذلك إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب ، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد ... إلخ .

(طعن رقم ٥٨١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨)

٤-" النص فى المادة ٧١٣ ، والمادة ١٠٦ من القانون المدنى يدل- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا ، ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة ، ويعتبر وكأنه أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد ، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة ، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل ، وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر" .

(طعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١٠/١٩)

٥- " النص فى المادة ٧١٣ ، ١٠٦ من القانون المدنى يدل- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر " .

(طعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/١/١٦)

٣٦٨- الوكالة بالعمولة فى قانون التجارة تقابل التسخير فى القانون المدنى :

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- " متى كان الوكيل بالعمولة قد تعاقد لحساب موكله باسم نفسه فإن الموكل يبقى أجنبيا عن العقد ولاتنشأ بينه وبين من تعاقد مع الوكيل علاقة قانونية تجيز لأحدهما الرجوع على الآخر بدعوى مباشرة " .

(طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣)

٢- (أ)- " مفاد نص المادة ٨١ من قانون التجارة أن الوكيل بالعمولة فرد أو شركة يتعاقد مع الغير أصيلا فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات إزاء الغير الذى يتعاقد معه ولكنه فى حقيقة الأمر ليس بالأصيل وإنما هو يعمل لحساب الموكل الذى كلفه بالتعاقد " .

(ب)- " الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة تخضع فى انعقادها وانقضائها وسائر أحكامها للقواعد العامة المتعلقة بعقد الوكالة فى القانون المدنى فيما عدا ماتضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة ... إلخ " .

(طعن رقم ٩٦٠ لسنة ٤٦ ق (تجارى) جلسة ١٩٨٣/٤/١٨)

٣٦٩- تمييز تسخير الوكيل عما يختلط به :

١- التقرير بالشراء عن الغير :

المقصود بالتقرير بالشراء عن الغير ، شرط يتفق عليه بين البائع والمشترى يخول الأخير خيارا بين أن يستبقى الصفقة لنفسه وبين أن يحل غيره فيها ، ويلتزم البائع بقبول نتيجة اختيار المشترى أى بارتباطه بأحكام البيع إما إزاء المشترى نفسه وإما إزاء الشخص الذى يعينه المشترى لذلك حسب اختياره [١].

---

(١) سليمان مرقس فى عقد البيع ص ١٩٤ .

وأوجه الاتفاق بين التسخير والتقرير بالشراء عن الغير أن الوكيل فى كليهما لا يعلن اسم الموكل ولكن الوكيل فى التقرير بالشراء عن الغير يعلن أنه يشترى لنفسه أو لغيره . وقد يحتفظ بالصفة لنفسه وعندئذ يكون أصيلا فى الشراء لا وكيلا . أما فى التسخير فالوكيل يشترى حتما لحساب غيره ويلتزم بنقل الصفة إلى هذا الغير ، ولا يستطيع أن يحتفظ بها لنفسه .

كما أن الوكالة بالتسخير تكون قائمة وقت إبرام الوكيل العقد الأصلى. بينما الغالب فى التقرير بالشراء عن الغير ألا توجد صلة بين المشترى الأصلى والمشترى النهائى وقت إبرام العقد الأصلى بل قد يجهل المشترى الأصلى فى ذلك الوقت وجود المشترى النهائى [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن تكييف العلاقة القانونية بين المشترى الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشترى المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير غير جار على إطلاقه ، فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تنافرا ، فإسناد ملكية المشترى المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشترى الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين فى ملكية المشترى الظاهر إذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماما. ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبا فى تبرير إسناد ملكية المشترى المستتر إلى عقد

(١) سليمان مرقس فى عقد البيع ص ١٩٤ .

البـيع الأول- وهـو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير- إلى افتراض وكالـة المشترى الظاهر عن الغير إلا أن ذلك ليس إلا مجازا مقصورا على حالـة ما إذا أعمل المشترى حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع الـبائع ، أمـا قـبل ذلك أو إذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة ".

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٥٠/٣/٩)

٢- الوعد ببيع شئ :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن تحـدى المدين بـأن من استخدمه للدخول فى المزايدة يعتبر فى القـانون نائباً عنه بطريق إعارة الاسم وأن المعار اسمه لا يتملك فى حق الأصيل – هذا التحدى محله أن يكون الثابت فى الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسو المزاد عليه معيرا اسمه . أما إذا كان الثابت أن الراسى عليه المزاد إنـما وعد المدين بأن يبيع له الأطيان عند رسو المزاد عليه إذا دفع له الثمن والمصاريف فذلك لايصح التحدى به فى إنكار الملكية على الراسى عليه المزاد " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٢٩)

٣- المسخر الذى يعمل باسمه الشخصى :

صـورة المسـخر الذى يعمل باسمه الشخصى ، أن يشترى – مثلا- شخص أرضا باسم ابنته ، فتكون البنت هى المالكة الحقيقية للأرض ، ولا تلتزم بنقل ملكيتها للأب كما يلزم الوكيل المسخر . ولا ينتفع الأب من الصـفقة انتفاعا شخصيا إلا بمقدار ما ينتفع به الأب عادة بمال أولاده . وإنـمـا قصد الأب من تسخير ابنته فى الشراء باسمها أن يتفادى لو أنه اشـترى الأرض باسمه ، أن يرثه غير ابنته من أقارب ، لأن ليس له أولاد

ذكـور . أو يـتفادى أحكـام تحديد الملكية الزراعية الواردة فى قانون الإصلاح الزراعى [١].

٣٧٠ـ أمثلة لأسباب التجاء الموكل إلى تسخير الوكيل :

قـد يلجأ الموكل إلى تسخير الوكيل لأسباب كثيرة يرى أنـها تحقق صـالحالـه ، غـير أن هذه الأسباب قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة . ونعرض فيما يلى لأمثلة لهذه الأسباب .

(أ) — الأسباب المشروعة :

١- أن يسخر المشترى (الموكل) فى المزاد وكيلا عنه يتقدم إلى المزاد باسمـه الشخصى لا باسم الموكل. وذلك لأنه يريد أن يخفى الصفقة عن الجمهور ، أو لأنه يخشى لو ظهر اسمه فى جلسة المزاد أن يتقدم مزايدون يزايدون عليه لعلمهم بحاجته إلى الصفقة فيدفعونه إلى تقديم عطاء أعلى.

والتسـخير فى هـذا المثال لغرض مشروع ، لأنه ضرب من ضروب الصورية ،والصورية وحدها ليست سببا فى بطلان التصرف .

٢- أن يـنـزل صـاحب الحـق عن حقه المتنازع فيه لمسخر يرفع الدعوى باسمه الشخصى ، ويتفادى الخصم الحقيقى بذلك أن يظهر اسمه فى المنازعات القضائية ، ويلتزم المسخر، إذا كسب الدعوى بأن ينقل الحق الذى كسبه إلى الخصم الحقيقى .

٣- أن يوكل الزوج زوجته وكالة مستترة فى شراء عقار أو منقول ، أو توكل الزوجة زوجها وكالة مستترة فى ذلك .

---

(١) السنهورى ص ٨٠٥ هامش (١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه قضى بتأييد الحكم الابتدائى القاضى بتثبيت ملكية المطعون ضده الأول للعقار محل النـــزاع محمولا فى أســباب عــلى مجرد القول بثبوت الوكالة المستترة للزوجة الطاعنة فيما أبرمته من عقد شراء الأرض وما اتخذته من إجراءات البناء عليها وأن فى ذلك ما يكفى لاعتبار الأصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى إجــراء إذ لايحــتاج لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه إلى تصــرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية ، وكان هذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه فى هذا الخصوص لاينطبق على واقع الدعوى إذ هو يصدق على حالة ما إذا تم تسجيل البيع الصادر للوكيل المعير اسمه فتكون الملكية قد خرجت من ذمة البائع وهى وإن انتقلت إلى الوكيل فى الظاهر إلا أن انــتقالها فى الحقيقة يعتبر لحساب الأصيل فيصبح فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى صدور تصرف جديد من هذا الأخير ينقل به الملكية إليه ، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم أن عقد البيع الذى تعلق بعقار لم يســجل بعد فلا تكون ملكية المبيع قد انتقلت إلى الزوجة الطاعنة التى أبرمــته بطــريق الوكالة المستترة بل هى لا تزال باقية على ذمة الشركة المطعون ضدها الثانية بائعة العقار ويكون ما انصرف إلى الأصيل المطعون ضــده الأول هــى الحقوق الشخصية وليدة عقد البيع الذى لم يسجل ، وهذا العقد غير المسجل لايترتب عليه أيضا تملك المطعون ضده الأول لما أقامه فى الأرض المبيعة من مبان ذلك أن حق القرار — وعلى ما جرى به قضــاء هذه المحكمة — حق عينى من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقا لــنص المــادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بالتسجيل ، أما قبل تســجيل ســند المشــترى الباني فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم

الالتصـــاق نظير تعويض المشترى عنها تطبيقا للقاعدة المنصوص عليها فى المـــادة ٩٢٥ من القانون المدنى ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت ملكية المطعون ضده الأول رغم عدم توافر السبب القانونى المؤدى إلى التملك يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤)

(ب)- الأسباب غير المشروعة :

القـــاعدة أنه إذا كان الغرض من التسخير غير مشروع، فإن التسخير يكون باطلا. ويشمل البطلان عقد الوكالة المستتر والتصرف الذى باشره الوكـــيل باسمـــه الشخصى تنفيذا لعقد الوكالة والتصرف الذى نقل به الوكيل الحق للموكل .

ويســـتطيع الغير حسن النية الذى تعاقد مع المسخر أن يثبت التسخير بجميع الطريق، ومنها البينة والقرائن ، ويتمسك بالبطلان ضد طرفى عقد التســـخير. ولكن طرفى التسخير لايستطيعان التمسك بالتسخير قبل الغير حسن النية وذلك وفقا لقواعد الصورية [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" التســـخير غير قاصر على التصرفات القانونية وحدها ، بل يجوز فى الخصومة والإجراءات القضائية أيضا إلا إذا قصد به التحايل على القانون فيكون غير مشروع " .

(طعن رقم ٢٢٠٩ لسنة ٥٢ جلسة ١٩٨٧/١/٢١)

---

(١) السنهورى ص ٨٠٦ وهامش (١) .

ومن أمثلة الأسباب غير المشروعة ما يأتى :

١- مخالفـة مـا تـنص عليه المادة ٤٧٩ مدنى التى تجرى على أن : "لايجـوز لمـن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بـما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى" . وعلى ذلك يقع باطلا تسخير المدين المحجوز على ماله شخصا يتقدم فى المزاد لشراء المال المحجوز عليه ، وينصـرف أثر البطلان أيضا إلى التصرف الذى باشـره الوكـيل باسمه الشخصى لتنفيذ الوكالة ، وأيضا التصرف الذى نقل به الوكيل الحق للموكل .

٢- التسخير بالمخالفة للمادة ٤٨٠ مدنى التى تجرىعلى أن : " لايجوز للسماسـرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقرير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار " .

٣- التسـخير بالمخالفة للمادة ٤٧١ مدنى التى تقضى بأن : "لايجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فى النـزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتـها وإلا كان البيع باطلا " .

٤- التسخير بالمخالفة للمادة ٤٧٢ التى تقضىبأن: " لايجوز للمحامين أن يـتعاملوا مـع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يـتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً " .

٣٧١ـ اشتراط أهلية التصرف فى الوكيل المسخر:

ذكـــرنا بصـــدد أهلية الوكيل أنه يكفى أن يكون مميزا ، أما بالنسبة للوكـــيل المســـخر فـــإن الأمر يختلف لأنه يعقد التصرف باسمه لا باسم موكله، ومن ثم يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف الذى يقوم به .

(آثار الوكـــالة بالتسخير)

٣٧٢ـ النص القانونى :

المادة (١٠٦) مدنى :

" إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقـــد لا يضـــاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " .

أولاً : علاقة الوكيل المسخر بالغير

٣٧٣ـ انصراف أثر التعاقد إلى الوكيل المسخر :

أحالت المادة ٧١٣ مدنى إلى المواد من ١٠٤ إلى ١٠٧ الخاصة بالنيابة فى علاقـــة الموكل والوكيل بالغير الذى يتعامل مع الوكيل . وقد رأينا أن المـــادة ١٠٦ تنص على أنه إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا ... إلخ " والوكـــيل المسخر لا يعلن وقت العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا عن الأصيل، وإنـــما يتعاقد باسمه الشخصى ، ومن ثم فلا تكون هناك نيابة ، ومن ثم فـــإن أثـــر العقد من حقوق والتزامات لايضاف إلى الأصيل ، وإنـــما يضاف إلى الوكيل المسخر [1].

---

(١) عبد المنعم الصده ص١٥٠ — عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٢٨ وما بعدها.

فـــإذا كان الوكيل المسخر موكلا بالبيع ، فإنه يصبح مدينا بالتسليم ونقل الملكية ، ويصبح دائنا للمشترى بدفع الثمن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تكييف عقد البيع إلى أنـــه تعـــاقد بطريق التسخير فإنه يكون عقدا جديا ويستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لإمكان نقل الملكية من البائع إلى المسخر وبالـــتالي إلى الموكل والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها إلى الموكل ومن ثم يكون الحكم بقضائه هـــذا قد حال دون تنفيذ مقتضى القانون وما أراده من أن تكون الملكية للأخير فيما بينه وبين الوكيل وليس للبائع " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦)

٢- " متى ثبت أن المطعون عليه كان معيرا اسمه للطاعن فى عقد البيع وقـــد تم هـــذا البيع لمصلحة الطاعن ولحسابه ، وبالتالي ينصرف أثره إليه باعتبار أنه هو البائع الحقيقى ، فإن مقتضى ذلك أن يكون الحكم الصادر بفســـخ هذا العقد حجة عليه – وإن لم يكن مختصما فى دعوى الفسخ- فكـــأن الشأن شأن الوكيل المستتر فى الظاهر ، مع كونه فى الواقع شأن الموكل " .

(طعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١٠/١٩)

٣- " عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى بحيـــث يظـــل اسم الموكل مستترا ويترتب على قيامها فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع هذا الغير

إلى الوكـــيل المسخر فيكون هو الدائن بـــها قبله كما تضاف إليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بـــها إليه " .

(طعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٢)

٣٧٤ـ استثناءان يردان فى القاعدة :

يرد على القاعدة المنصوص عليها بالمادة ١٠٦ مدنى والتى تقضى بأنه إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لا يضـــاف إلى الأصـــيل دائـــنا أو مدينا، استثناءان نصت عليهما المادة المذكورة ، يكون فيهما الوكيل المسخر نائبا عن الموكل ، بحيث إذا أبرم تصـــرفا أضـــيفت آثاره من حقوق والتزامات إلى الموكل دون الوكيل . وعندئذ تسرى الآثار التى ترتبها الوكالة (النيابية) .

وهذان الاستثناءان هما :

الاستثناء الأول :

إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة.

نصت المادة ١٠٦على هذا الاستثناء بقولها : "إلا إذا كانمن المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة " .

وجـــاء عـــنها بمذكـــرة المشروع التمهيدى أنه : " ومع ذلك فينبغى التفريق بين صور مختلفة . فالقاعدة التى تقدمت الإشارة إليها تنطبق حيث يـــتعاقد النائب باسم الأصيل . وهى تنطبق كذلك حيث يتعاقد النائب باسمـــه الشخصى ، رغم حقيقة نيابته ، متى كان من تعاقد معه يعلم أو كـــان ينبغى أن يعلم ، بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع

الأصـــيل أو نائبه . وقد استحدث المشروع باقتباس هذا النص من تقنين الالـــتزامات السويسرى ، حكما هاما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية . أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير وهى التى تقضى بانصراف آثـــار العقد إلى النائب أو المسخر ، فلا تنطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يجهل وجود النيابة أو كان لا يستوى عنده التعامل أو مع من فوضه "[١].

فهـــذا الاستثناء يفترض أن الشخص الذى تعاقد مع النائب كان عالما عـــند التعاقد ، بأن هذا الأخير قد تعاقد معه بالنيابة عن الموكل ، أو فى الأقـــل كان من المفروض حتما أن يعلم بذلك ، كأن يذهب شخص إلى محل تجارى ، فيشترى سلعة معروضة للبيع فيه من أحد مستخدميه. فهنا يعتبر المستخدم أنه قد أجرى البيع بالنيابة عن صاحب المحل التجارى . إذ أن المشـــترى كـــان يعلم عند الشراء بصفته هذه ، أو فى الأقل كان من المفـــروض علـــيه حتما أن يعلم بـــها . وهكذا فالعلم من المتعاقد الآخر بالنـــيابة ، أو حتى كون الظروف تملى عليه حتما أن يعلم بـــها ، يقعان بمثابة إخطاره بـــها من النائب [٢]. ففى هذه الحالة تضاف آثار العقد إلى الموكل سواء كانت حقوقا أو التزامات ،ولا تضاف إلى الوكيل .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٩٦ .

(٢) عـــبد الفـــتاح عـــبد الباقى ص ٢٢٩ – عبد المنعم الصده ص١٥٠- وقارن السـنهورى ص ٨١٢ وما بعدها فهو يفرق بين الحالة التى ذكرناها فى المتن ، وحالـــة أخرى هى أن يكون الغير قد قصد التعاقد مع الوكيل المسخر لا مع-

الاستثناء الثانى :

أن يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب :

ومثال ذلك أن يزمع شخص شراء منـــزل أو أرض بصفته وليا على ابنه القاصر ، ويبرم الشراء بالفعل ، دون أن يعلن للبائع صفته هذه ، فى هذه الحالة ، إذا كان البائع قد قبض الثمن كاملا ، فإنه يستوى لديه أن يكـــون التعامل حاصلا بينه وبين الابن أو بينه وبين الأب ، فإذا أراد هذا الأخـــير أن يكون التعاقد حاصلا لحساب ابنه ، كان له ما أراد، وحق له إلـــزام الـــبائع على أن يجاريه فيه ، إذا أنه لا مصلحة هنا للبائع فى عدم التجاوب مع الأب فيما أراده ، ولا دعوى بلا مصلحة (١).

ومـــن الأمثلة على ذلك أيضا المثال الذى ذكرناه فى الاستثناء الأول ، وهو ذهاب الشخص إلى محل تجارى لشراء سلعة معروضة به ،إذ يستوى لدى المشترى التعامل مع الأصيل أو الوكيل الذى يقوم بالبيع له .

وتقديـــر ما إذا كان يستوى لدى الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكـــل مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ، ويتخذ فى ذلك معيارا موضوعيا لا معيار شخصيا ، فلا ينظر إلى شخص الغير بالذات، بل ينظر إلى شـــخص عادى وهل يستوى عند هذا الشخص فى الظروف التى تم

=الموكـــل وذلـــك بالرغم من علمه بأن من يتعاقد معه هو وكيل لا أصيل فلا يكون الوكيل المسخر نائبا عن الموكل وتضاف إليه هو حقوق العقد والتزاماته، ولايرجع الغير على الموكل مباشرة كما لا يرجع الموكل على الغير .

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٢٧ .

فـيها الـتعاقد أن يـتعامل مع الوكيل أو مع الموكل . ذلك أن المعيار الموضوعى أدعى إلى استقرار التعامل [١].

وفى هذه الحالة إذا كشف الموكل عن نفسه ، فإن له أن يرجع مباشرة عـلى الغير ،كما يكون للغير أن يرجع عليه وتطبق فى هذه الحالة أحكام الوكالة النيابية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- "الـنص فى المادة ١٠٦ من القانون المدنى على أنه " إذا لم يعلن المـتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائـب " ينصرف إلى حالة الوكيل المسخر وهو من يتعاقد لحساب الموكـل ولكـنه لا يعلن – وقت إبرام العقد – أنه يتعاقد بصفته نائبا ، ولذلـك فإن أثر العقد لايضاف إلى الموكل دائنا أو مدينا ، ويستثنى من ذلك حالتان ، وهما ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بـأن الوكيل إنـما يتعاقد لحساب الموكل ، وحالة ما إذا كان يستوى عـند الغـير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل وفى هاتين الحالتين إذا كشف الموكل عن صفته كان له الرجوع مباشرة على الغير ، كما يكون للغير أن يرجع عليه " .

---

(١) السنهورى ص٨١٤ هامش (١) – وعكس ذلك جمال مرسى بدر ص ٢٩٨ فهو يرى الأخذ بالمعيار الشخصى ، تأسيسا على أن المادة مستمدة من القانون السويسرى الذى يأخذ بالمعيار الشخصى .

(ب)- " إذاكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الثابت بالشكوى الإدارى المقدمة صورتـــها من الطاعن أنه يدعى أنه استأجر من المطعون عليه الثانى الشقة محل النـــزاع ولم يثبت بالعقد أنه صدر من المطعون عليه المذكـــور بصفته وكيلا عن مالكتى العقار ولا يكفى لقيام وكالته أنه ابن لإحداهما ، واستند لهذا فى القضاء بطرد الطاعن . وكان هذا الذى أورده الحكم من نفى وكالة المطعون عليه الثانى لأنـــها لم تذكر فى عقد الإيجار ولأن مجرد ثبوته لإحدى المالكتين لا تتوافر بـــها الوكالة لا يكفى لحمل قضائه فى هذا الشأن لأن الوكيل يجوز أن يكون مسخرا فلا يكشف عن صـــفته فى العقود التى يبرمها ومع ذلك تنفذ هذه العقود ويضاف أثرها للمـــوكل فى الحالتين — وهما ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتما أن يعـــلم بأن الوكيل إنـــما يتعاقد لحساب الموكل ، وحالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل- المنصوص عليهما فى المـــادة ١٠٦ من القانون المدنى ، وقد ترتب على خطأ الحكم هذا أنه حجب نفسه عن بحث توافر شروط الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٦ سالفة الذكر بما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ١٢٧١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٥)

٣٧٥ـ علاقة الوكيل المسخر بأغيار آخرين :

قـــد تقوم علاقة بين الوكيل المسخر وأغيار آخرين خلاف الغير الذى سخر للتعاقد معه فيعتبر هو المالك أو صاحب الحق .

فإذا سخر لشراء منـــزل مثلا واشتراه ، كان هو المالك له . وبـــهذه الصفة يرجع عليه الغير الذى أنفق على المنـــزل مصروفات ضرورية ، أم مصروفات نافعة طبقا لأحكام المادة ١/٩٨٠ ، ٢ مدنى .

كذلك لو كان الشئ الذى اشتراه الوكيل المسخر منقولا وحجز عليه دائنوه قبل أن تنتقل ملكيته للموكل ، فإن للدائنين أن ينفذوا على المنقول بحقوقهم حتى لو انتقلت ملكيته بعد ذلك للموكل [١].

وبالنســـبة إلى دائنى الوكيل المسخر ، يعتبر المنـــزل مملوكا للوكيل ، فـــيجوز لهم التنفيذ عليه بحقوقهم ، فإذا سجلوا التنبيه بنـــزع الملكية قبل تسجيل السند الذى ينقل به الوكيل ملكية المنـــزل إلى الموكل ، استوفوا حقوقهم من ثمن المنـــزل فى مواجهة الموكل نفسه .

ولا يعتـــبر العقـــد الصادر إلى الوكيل المسخر سببا صحيحا مكسبا للملكـــية بالتقادم الخمسى لأنه لم يصدر إليه أصالة وإنـــما باعتباره اسما مستعارا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مـــتى كـــان الحكـــم المطعون فيه قد انتهى إلى أن عقد البيع الذى تمسكت الطاعنة بأنه سبب صحيح مكسب للملكية بالتقادم الخمسى لم يصـــدر إليها أصالة وإنـــما باعتبارها اسما مستعارا لزوجها فإن مثل هذا العقـــد لا يعتبر سببا صحيحا يكسبها الملكية بالتقادم الخمسى وذلك لما يشترط فى السند الذى يعتبر سببا صحيحا من أن يكون صادرا إلى المتمسك

---

(١) قدرى الشهاوى ص ٤٣٥ هامش (١٤) .

بالتقادم ومن ثم يكون ما قرره الحكم المطعون فيه من أن العقد المذكور لم يصدر إلى الزوجة الطاعنة متضمنا الرد على دفاعها آنف الذكر ويكون النعى عليه بالقصور على غير أساس " .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥)

ويلتزم الوكيل المسخر بدفع رسوم نقل الملكية لأنه يعتبر المالك بالنسبة إلى الخزانة . وإذا مات قبل نقل الملكية إلى الموكل ، انتقلت الملكية إلى ورثته والتزموا بضريبة التركات (قبل إلغائها) .

ثانيا : علاقة الموكل بالغير

٣٧٦ – انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الوكيل المسخر:

رأينا أن المادة ١٠٦ مدنى التى تحيل إليها المادة ٧١٣ مدنى تقضى بأنه:

" إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " .

ورأينا أن الوكيل المسخر لا يعلن وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، وإنما يتعاقد باسمه الشخصى ، ومن ثم فإنه لا يكون نائبا عن الموكل وتنصرف إليه هو دون الموكل كافة آثار التصرف من حقوق والتزامات ولا يستثنى من ذلك إلا الحالتين المنصوص عليهما بالمادة وهما: أن يكون من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة،

أو كـــان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب. وعلى ذلك فإن علاقة الغير الذى عقد التصرف مع الوكيل المسخر تكون مع الأخير ولا شأن له بالموكل .

فـــإذا سخر الوكيل فى شراء عقار ،كان الوكيل هو الدائن فى الالتزام بنقل الملكية والتسليم وضمان الاستحقاق ، وكان هو المدين بأداء الثمن ، ويكـــون لكل من الوكيل المسخر والغير الرجوع على الآخر فيما له من حقوق .

عـــلى أن الموكل وإن لم يكن له حق الرجوع مباشرة بالثمن على الغير (المشـــترى) إلا أن له الرجوع عليه بطريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه الوكيل المسخر .

وبالمقابل يستطيع الغير الرجوع بماله من حقوق على الموكل عن طريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه وهو الوكيل المسخر .

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- " مفـــاد المادة ١٠٦ من القانون المدنى أنه متى تعاقد الوكيل مع الغـــير باسمـــه هو دون أن يفصح عن صفته فإن آثار العقد تنصرف إلى الوكيل فى علاقته بالغير إلا إذا أثبت توافـــر الاستثنائين المشار إليهما فى المادة المذكورة، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة على أن المطعون عليه إنـــما تعـــاقد مـــع الطاعن باسمه شخصيا وسلم إليه المبلغ موضوع النـــزاع بـــهذه الصفة ، وأنه لم يقم دليل من الأوراق على أنه دفعه بوصفه وكيلا

عن الشركة ، مما مؤداه أن الدعوى لم يتوافر فيها أحد الاستثنائين السالفين الأمر الذى لم يكن محل نعى من الطاعن فإن الحكم يكون قد طبق القانون تطبيقا سليما " .

(طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٠)

٢- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عمن أعاره ، وتعامله مع الغير لا يغير من علاقته بالموكل شيئا ، فهو كسائر الوكلاء لا يفترق عنهم إلا فى أن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه فى التظاهر مع أنه فى الواقع شأن الموكل ، وينبنى على ذلك أن الوكيل المستتر فى الشراء لا يكتسب شيئا من الحقوق المتولدة عن عقد البيع الذى عقده بل تنصرف هذه الحقوق إلى الأصيل ، أما فى علاقة الغير بهذا الأصيل فإن من المقرر على ما تقضى به المادة ١٠٦ من القانون المدنى أن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا إلا فى حالتين هما : إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " .

(طعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤)

٣٧٧ـ علاقة الموكل بأغيار آخرين :

كما تقوم العلاقة بين الوكيل المسخر وأغيار آخرين خلاف الغير الذى سخر للتعاقد معه ، كذلك تقوم العلاقة بين الموكل وأغيار آخرين، من هؤلاء :

١- دائنو الموكل .

٢- دائنو الوكيل .

٣- الأشخاص الذين يتصرف لهم الوكيل فيما اشتراه بطريق التسخير.

(أ) – بالنسبة إلى دائنى الموكل :

فبالنسبة إلى دائنى الموكل ، فإنه بفرض أن الوكيل سخر فى شراء منزل لحساب الموكل ، اعتبر المنزل مملوكا له وباعتبار المنزل مملوكا للموكيل لايجوز لدائنى الموكل أن ينفذوا عليه ، ولكن باعتبار الوكيل ملتزما بنقل ملكية المنزل للموكل يجوز لهؤلاء الدائنين أن يطالبوا الوكيل بتنفيذ التزامه عن طريق الدعوى غير المباشرة باسم الموكل . وإذا تعارض دائنو الموكل مع دائنى الوكيل ، فإن دائنى الوكيل يستطيعون ، إذا سجلوا التنبيه بنزع الملكية قبل تسجيل السند الذى ينقل به الوكيل ملكية المنزل إلى الموكل ، أن يستوفوا حقوقهم من ثمن المنزل فى مواجهة الموكل نفسه .

أما إذا سخر الوكيل فى بيع منزل ، وتمهيدا لذلك نقل إليه الموكل ملكية المنزل ، فإن لدائنى الموكل أن يطعنوا فى هذا التصرف بالدعوى البوليصية إذا أثبتوا أن هناك تواطؤا بين الموكل والوكيل على الإضرار بحقوقهم . ولايجوز لهم الطعن بالدعوى البوليصية إذا باع الوكيل المنزل للغير تنفيذا لوكالته ، إلا إذا أثبتوا أن هذا الغير كان هو أيضا متواطئا مع الوكيل .

(ب)- بالنسبة إلى دائنى الوكيل : - فى المثال السابق- يستطيع الموكل استخلاص المنزل منهم إذا هو سجل سند نقل ملكية المنزل

إليه من الوكيل قبل أن يسجل هؤلاء الدائنون التنبيه بنـــزع الملكية . وإذا أفلس الوكيل ، فإن كان إفلاسه قبل أن تنتقل ملكية المنـــزل إلى الموكل كان هذا الأخير دائنا للتفليسة شأنه فى ذلك شأن سائر دائنى الوكيل . أما إذا انتقلـــت ملكـــية المنـــزل إلى الموكل قبل شهر الإفلاس ، فإن الموكل يستطيع استرداده من التفليسة باعتباره مملوكا له [1].

(ح)- بالنسبة إلى من تصرف له الوكيل :

بالنسبة إلى من تصرف له الوكيل فى المنـــزل الذى اشتراه — فى المثال السابق- بطريق التسخير ، فإن الموكل يستطيع أن يطعن فى هذا التصرف بـــالدعوى البوليصية باعتباره دائنا للوكيل إذا هو أثبت تواطؤ الوكيل مع المتصـــرف له إذا كان التصرف بعوض ، ودون حاجة لإثبات التواطؤ إذا كان التصرف تبرعا ، وذلك طبقا للقواعد المقررة فى الدعوى البوليصية.

ثالثا: عـلاقة الوكيل المسخر بالموكل :

٣٧٨ـ عقد الوكالة المستترة يحكم علاقة الوكيل المسخر بالموكل:

يحـــدد العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل عقد الوكالة المبرم بينهمـا ، وهو عقد الوكالة المستترة . وهذا تطبيق لقواعد الصورية التى تقضى بأن العقد الحقيقى هو الذى يسرى فى العلاقة بين المتعاقدين .

ولمـــا كان الوكيل يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى فتنتقل إليه الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، فإن الوكالة المستترة تقضى بنقل آثار العقد من الوكيل المسخر إلى الموكل .

---

(١) السنهورى ص ٨٢٣ وما بعدها — قدرى الشهاوى ص ٤٣٩ وما بعدها .

والعلاقة بين الوكيل المسخر والموكل كما ذكرنا ينظمها عقد الوكالة المبرم بينهما ، وبالتالي فإن هذا العقد يرتب فى جانب كل من الموكل والوكيل المسخر كافة الالتزامات التى يرتبها عقد الوكالة ، والتى ذكرناها سلفا .

وبالترتيب على ذلك يلتزم الوكيل بأن ينفذ الوكالة فى حدودها المرسومة وبموافاة الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة وبتقديم الحساب ورد ما للموكل فى يده بعد انتهاء الوكالة ، كما يلتزم الموكل بدفع الأجر إلى الوكيل إذا كانت الوكالة مأجورة ورد المصروفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة إلى الوكيل ، وتعويضه عما أصابه من ضرر فى تنفيذ الوكالة .

ويلتزم الوكيل بنقل الحقوق التى كسبها باسمه ، كما أن على الموكل أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه من الالتزامات .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصين فى هذا المعنى ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ من المشروع تنص على أن: " وعليه أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة ، حتى لو كان يعمل باسمه . وعليه بوجه خاص ، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل " . إلا أن هذه الفقرة حذفت فى لجنة المراجعة لعدم ضرورتها " [1]ويبدو أن حذفها جاء اكتفاء بالقواعد العامة —

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٠٤ .

وقـــد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " ويلتزم الوكيل أخيرا بتقديم حســـاب للموكل عن وكالته عند انقضائها ، واطلاعه على الحالة التى وصل إليها فى تنفيذ الوكالة أثناء سريانـــها كلما طلب منه الموكل ذلك فى أوقات معقولة وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه حتى لو كان الوكيل " اسما مستعارا" يعمل باسمه الشخصى . وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التى كسبها الوكيل لنفسه فى العقود التى أبرمها باسمه لحساب الموكل ، فيجب أن ينـــزل له عنها " .

كما كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٥ من المشروع التمهيدى تنص على أن : " ٢- ويلتزم الموكل إلى جانب ذلك ، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات ، تنفيذا للوكالة تنفيذا معتادا "[١].

إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، وقد جاء عـــنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " .... أما الالتزامات التى عقدها الوكـــيل باســـم الموكـــل فهى تنصرف إليه مباشرة والذى عقدها باسمه الشخصـــى يلـــتزم الموكل بإبراء ذمته منها ، كما يلتزم الوكيل بنقل ما كسبه من الحقوق إلى الموكل فيما تقدم " [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢١٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٢٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الوكيل إذا تعامل باسمه مع الغير فهذا بمقتضى حكم القانون لايغير من علاقته مع الموكل ، فتعتبر الصفقة قد تمت لحساب الموكل. وكل ما فى الأمر أن الوكيل فى هذه الحالة هو الذى يكون ملزما قبل الغير الذى تعامل معه . فإذا دفع الموكل بأن التكليف الصادر منه لوكيله بأن يشترى عقارا قد بطل بشراء هذا الوكيل القدر باسمه ، ولكن استخلصت المحكمة وقائع الدعوى ، استخلاصا تؤدى إليه المقدمات التى أوردتها، أن الوكيل حين حرر عقد الشراء باسمه إنما كان يقوم بتنفيذ الوكالة ، وحكمت بناء على ذلك بإلزام الموكل بدفع الثمن إلى الوكيل مقابل نقل تكليف المشترى من اسمه إلى اسم الموكل فلا يصح النعى عليها فى ذلك " .

(طعن رقم ٦٣ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٣/٤/١٥)

٢- إن من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عمن أعاره ، وحكمه هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكله وحفظه ، ومن حيث مسئوليته إذا أخل بالتزامه وغصب هذا الحق أو افتات عليه ، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فكان الشأن شأنه فى الظاهر مع كونه فى الواقع شأن الموكل ، أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة الشأن فيها للموكل ظاهرا وباطنا " .

(طعنان رقما ٥٥، ٧٤ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/٢٢)

٣- " عدم إفصاح الوكيل عن صفته فى العقود التى يبرمها مع الغير لحساب الموكل لايؤدى بذاته إلى صورية التوكيل لأن تعامل الوكيل باسمه

مع الغير لا يغير من علاقته مع موكله فيلتزم الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل – وكل ما يترتب على ذلك من أثر هو أن الوكيل فى هذه الحالة هو الذى يكون ملزما قبل الغير الذى تعامل معه إلا إذا كان من المفروض حتما أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذى تعاقد مع الوكيل وبين الموكل كما هو الحال فى الوكالة الظاهرة " .

(طعنان رقما ٤٥٩ ، ٤٧١ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥)

٤- (أ)- " من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عمن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشئ وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة – وهذا يقتضى أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولايكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئا ولا يكون له أن يتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه ، ومن ثم فإذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه وبين وكيله وإن كانت للوكيل معير الاسم فيما بينه وبين البائع والغير . ويرجع ذلك إلى أنه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة فى مواجهة الكافة فإنها ملكية صورية بالنسبة إلى الأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما- وينتج من هذا أن الأصيل لايحتاج-

لكـــى يحـــتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه — إلى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية إليه ، إذ يعتبر الأصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى أى إجراء وإنـــما يلزم ذلك الإجراء فى علاقة الأصيل بالغير " .

(ب)- " إذا كـــان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تكييف عقد البيع إلى أنه تعاقد بطريق التسخير فإنه يكون عقدا جديا ويستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لإمكان نقل الملكية من البائع إلى المسخر وبالـــتالي إلى الموكل والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها إلى الموكل ومن ثم يكون الحكم بقضائه هـــذا قدحال دون تنفيذ مقتضى القانون وما أراده من أن تكون الملكية للأخير فيما بينه وبين الوكيل وليس للبائع " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦)

٥- " من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عمن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل ومن ثم يمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشئ وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله ، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالـــته مستترة . وهذا يقتضى أن يعتبر تسجيل البيع الصادر للوكيل المعـــير اسمـــه والذى ترتب عليه نقل الملكية من البائع ، لحساب الأصيل ويـــؤول العقـــار المبيع إليه وإلى ورثته من بعده بطريق الميراث ذلك أن الحقـــوق فيما بين الموكل ووكيله الذى أعاره اسمه تكون كلها للموكل دون الوكيل فإذا كان التعاقد يتعلق بعقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه

وبـــين وكيله وإن كانت للوكيل المعير اسمه فيما بينه وبين البائع والغير .
ويــرجع ذلـــك إلى أنه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة فى
مواجهة الكافة فإنـــها ملكية صورية بالنسبة الأصيل يمنع من الاحتجاج
بـــهـــا قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما وينتج من ذلك أن
الأصـــيل لايحتاج –لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه– إلى
صـــدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية إليه – إذ يعتبر الأصيل
فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى أى إجراء وإنـــما يلزم هذا
الإجراء فى علاقة الأصيل بالغير " .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥)

٦- " متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أسس قضـــاءه بإلغاء
الحكم المستأنف ورفض الدعوى على أن الثابت من عقد البيع أن الطاعن
بصـــفته نائبا عن المجمع العام لكنيسة المسيح قـــد اشترى العقار موضوع
النـــزاع لاستعماله صالة للمحاضرات تلحق بكنيسة المسيح بالاسكندرية
وأن أثـــر هـــذا العقد لا ينصرف إلى الطاعن شخصيا وأن نية المتعاقدين
انصرفت إلى إنشاء صالة للمحاضرات تلحق بكنيسة المسيح ورتب على
ذلك انتفاء حق الطاعن شخصيا فى المطالبة بالملكية وهذا الذى استند إليه
الحكـــم يتفق مع عبارة العقد الواضحة ومن شأنه أن يؤدى إلى ما انتهى
إلـــيه ، ولما كان النص يدور حول مناقشة نصوص العقد وتفسيرها على
أنـــهـــا تفيد ملكية الطاعن شخصيا للعقار فإنه لايعدو أن يكون جدلا

موضوعيا فى تفسير العقد مما يستقل به قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه " .

(طعن رقم ٤٨١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٢٤)

٧- لما كانت العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل ينظمها عقد الوكالة الذى أبرماه فيلتزم الوكيل المسخر بتنفيذ الوكالة فى حدودها المرسومة ، مما مؤداه أن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينقل مباشرة من الغير إلى الموكل المستتر فى العلاقة بين الوكيل والموكل " .

(طعن رقم ١٤٣٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٨)

٨- " إذا كانت الوكالة بالتسخير — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — تقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل الذى يكون اسمه مستترا ويترتب عليها — تطبيقا لقواعد الصورية التى تستلزم إعمال العقد الحقيقى فى العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر- أنها تنتج قبل الموكل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر إلى كل من الموكل ومن تعاقد مع هذا الوكيل " .

(طعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٥/٣١)

كما قضت محكمة النقض أن الحكم الصادر ضد الوكيل المسخر بفسخ عقد البيع الذى عقده يعتبر حجة على الموكل ولو لم يكن خصما فى الدعوى.

إذ ذهبت بتاريخ ١٩٧٦/١٠/١٩ فى الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٠ ق بأن :

" متى ثبت أن المطعون عليه كان معيرا اسمه للطاعن فى عقد البيع وقد تم هذا البيع لمصلحة الطاعن ولحسابه ، وبالتالي ينصرف أثره إليه باعتبار أنه هو البائع الحقيقى ، فإن مقتضى ذلك أن يكون الحكم الصادر بفسخ هذا العقد حجة عليه — وإن لم يكن مختصما فى دعوى الفسخ — فكأن الشأن شأن الوكيل المستتر فى الظاهر ، مع كونه فى الواقع شأن الموكل ".

(طعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١٠/١٩)

٣٧٩- إجبار الوكيل المسخر على نقل الحقوق الناشئة عن التصرف إلى الموكل :

إذا تقاعس الوكيل المسخر عن نقل الحقوق التى ترتبت على التصرف الذى أبرمه بالتسخير إلى الموكل ، كان للموكل اللجوء إلى القضاء لإجبار الوكيل على ذلك .

وفى الوجه المقابل إذا تقاعس الموكل عن تحمل الالتزامات الناشئة عن التصرف ، كان للوكيل المسخر إجباره على ذلك برفع دعواه إلى القضاء.

ويرى الفقه أن نقل الحقوق والالتزامات إلى الموكل ينتج أثره من وقت حصوله بين الوكيل والموكل وليس من وقت تعاقد الوكيل مع الغير ، فليس له أثر رجعى [١].

---

(١) السنهورى ص ٨٣٢ وما بعدها .

إلا أن قضاء محكمة النقض جرى على أن تسجيل البيع الصادر للوكيل المعـــير اسمه ينقل الملكية إلى الأصيل المستتر ، فإن أريد الاحتجاج بملكية الأصيل فى حق غير الوكيل وجب عندئذ- ولتحقيق هذا الغرض وحده- إصدار تصرف جديد إلى الأصيل وتسجيله .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوكيل ، ككل متعاقد ، ملزم قانونا أن ينفذ ما تعهد به بحسن نية ، فإذا أخل بـــهذا الواجب رد عليه قصده ، وهو ممنوع قانونا من أن يســتأثر لنفســه بشئ وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله . كما أن القواعد الأولية فى القانون أن الغش يفسد كل شئ ولا يجوز أن يفيد منه فاعله . فمتى أثبت الحكم أن البيع الصادر من مصلحة الأملاك إلى فلانة إنــما تم على أساس الطلب المقدم منها والذى دلت ورقة الضد المؤرخة فى ذات تاريخــه عــلى أنه قدم فى الواقع لمصلحة زوجها ولحسابه ، فلا يكــون لهــا أن تتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة لنفسها من دونه . ويجب أن ترد الأمور إلى نصابــها الصحيح بنفاذ ورقة الضد المحتوية على الإقــرار الصريح بأن الشراء كان لزوجها وأن ظهورها هي كمشترية لم يكــن إلا صوريا . وإذن فالملكية فى حدود العلاقة بين فلانة هذه وبين زوجهــا وورثته من بعده تكون لم تنتقل إليها وحدها بل إليها مع باقى الورثة . أما فيما بينها وبين مصلحة الأملاك البائعة فالأمر مختلف " .

(طعن رقم ٧٢ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٩)

٢ - " ليس من يعير اسمه إلا وكيلا عمن أعاره فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشئ وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه فى الظاهر مع أنه فى الواقع شأن الموكل . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن المطعون عليها لم تكن فى إبرامها عقد الشراء مع آخر إلا اسما مستعارا لزوجها الطاعن فإن مقتضى ذلك اعتبار أن الصفقة فيما بين الزوجين قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا تكسب المطعون عليها منها شيئا ويكون كل ما دفع باسمها من الثمن ورسوم التسجيل قد دفع من الطاعن – إلا أن يثبت أنها قد دفعته له من مالها الخاص فيحق لها استرداده منه طبقا لأحكام الوكالة باعتباره من النفقات المعقولة التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة " .

(طعن رقم ٢٧٣ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١١/٢٣)

(راجع أيضا طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥– طعن رقم ٤٨١ لسنة ٣٩ جلسة ١٩٧٤/٦/٢٤منشورين بند ٣٧٨)

وإذا توفى الوكيل المسخر يجوز إجبار ورثته على تنفيذ التزامات مورثهم.

٣٨٠ـ إثبات التسخير :

تثبت الوكالة المستترة بين الموكل والوكيل المستتر أو المسخر طبقا للقواعد العامة ، فإذا كانت قيمة التصرف محل الوكالة تجاوز خمسمائة جنيه وجب إثباتها بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، إلا إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى فإذا قلت القيمة عن ذلك جاز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن.

وإذا كانت الوكالة المسخرة ثابتة بالكتابة ، فإنه لا يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة ولو لم تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه أما بالنسبة للغير حسن النية التى تعاقد مع الوكيل المسخر ، فله أن يثبت التسخير بكافة طرق الإثبات القانونية ومنها البينة والقرائن. ويتمسك بالبطلان ضد طرفى عقد التسخير .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الوكالة بطريق التستر أو التسخير ليست إلا تطبيقا لقواعد الصورية فإن العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر يحكمها العقد الحقيقى الذى يسرى فيما بينهما ، وبالتالى فعلى من يدعى بقيامها أن يثبت وجودها ويكون الإثبات طبقا للقواعد العامة والأصل فيها أنه لا يجوز إثبات عكس ما أثبت بالكتابة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إلا إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى ، فيجوز فى هذه الحالة إثباته بكافة الطرق إعمالا للمادة ٦٣ من قانون الإثبات ، لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بشرائه لشقة النزاع مستعيرا اسم المطعون ضدها الأولى تهربا من ديون مستحقة عليه ، وأنه يقيم بتلك الشقة باعتباره مشتريالها ، وقدم تدليلا على ذلك بعض إيصالات بسداد جزء من ثمن شقة النزاع وبما يفيد مديونيته لبنك مصر بعد وضع الشركة المملوكةله تحت الحراسة ، وكان الطاعن قد تمسك أيضا بوجود مانع أدبى حال بينه وبين الحصول من المطعون ضدها الأولى على دليل كتابى ، وكانت محكمة الاستئناف قد أغفلت هذا الدفاع الجوهرى وقعدت عن إعمال سلطتها فى تقدير ما إذا كانت علاقة

الطـــاعن بالمطعون ضدها الأولى من واقع ظروف الدعوى وملابساتـــها تعتـــبر كافية لتقوم مانعا أدبيا يحول دون الحصول على دليل كتابى تمهيدا لإجابـــة الطـــاعن إلى طلبه بإثبات حقيقة العلاقة العقدية بينهما بالبينة، واكتفت بـــما أوردته فى حكمها المطعون عليه من قيام الطاعن بدفع ثمن الشـــقة عـــلى فرض صحته لا يؤثر على ثبوت الملكية للمطعون ضدها الأولى وهـــو ما لايصلح ردا على دفاع الطاعن الذى لو صح لكان من شـــأنه أن يغـــير وجـــه الـــنظر فى الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور وبالإخلال فى حق الدفاع بـــما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/١/١٦)

موضـــوع رقـــم (٣٦)

(انتهـاء الوكالـة)

(أسباب انتهاء الوكالـة)

٣٨١ـ النصوص القانونية :

المواد (٧١٤ – ٧١٧) مدنى :

المادة (٧١٤) :

" تنـــتهى الوكالـــة بإتمام العمل الموكل فيه ، أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة ، وتنتهى أيضا بموت الموكل أو الوكيل " .

المادة (٧١٥) :

" ١- يجوز للمـــوكل فى أى وقت أن ينهى الوكـــالة أو يقيدها ولو وجـــد اتفاق يخالف ذلك . فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملـــزما بـــتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت مناسب أو بغير عذر مقبول .

٢- على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى فـــلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه " .

المادة (٧١٦) :

" ١- يجـــوز للوكـــيل أن ينـــزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفـــاق يخالف ذلك ، ويتم التنازل بإعلانه للموكل . فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول .

٢- غير أنه لايجوز للوكيل أن ينـــزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبى إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك على أن يخطر الأجنبى بـــهذا التنازل ، وأن يمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه" .

مادة (٧١٧) :

" ١- على أى وجه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف .

٢- وفى حالـــة انـــتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافـــرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكـــل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدبيرات ما يقتضيه الحال لصالح الموكل " .

٣٨٢ – تعداد :

يمكن حصر أسباب انتهاء الوكالة فيما يأتى :

١- إظهار أحد الطرفين إرادته فى إنـــهاء الوكالة .

٢- موت الموكل أو الوكيل .

٣- أحد الأسباب التى تعتبر تطبيقا للقواعد العامة .

ونعرض لهذه الأسباب بالتفصيل فيما يلى .

أولاً : انتهاء الوكالة بإرادة أحد الطرفين

٣٨٣- (أ) – عزل الوكيل :

تـــنص المـــادة ٧١٥ مدنى على أنه : " يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . فإذا كانت الوكالة بأجر يكون الموكل ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول .

على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه " .

فلما كانت الوكالة من العقود غير اللازمة من ناحية والتى تبنى على الثقة التى يضعها الموكل فى وكيله من ناحية أخرى ، كان بديهيا أن يكون للأول أن يسحب ثقته من الوكيل إذا تراءىله ذلك فى أى وقت شاء ، لأن الشخص إنما يمنح ثقته طوعا ، فلا يستساغ إكراهه عليها إذا تزعزعت عقيدته فيمن منحه ثقته .

كما أن الوكيل يتطوع لخدمة الموكل، فمن الطبيعى أن يكون من حقه أن يتنحى عن أداء هذه الخدمة إذا ناء بعبئها ، أو لم يكن فى مقدوره أن يستمر فى أدائها.

ولذلك ميز المشرع عقد الوكالة بخاصة استثنائية ، تتعارض مع القواعد العامة ، وهى إمكان إنهائه بإرادة أحد الطرفين المنفردة [١].

وعلى ذلك يجوز للموكل عزل الوكيل متى أراد يستوى أن يكون التوكيل بمقابل أو غير مقابل[٢] ، لأن اشتراط المقابل لا يؤدى إلى حرمان الموكل من حقه الطبيعى فى أن يغير رأيه فيمن فوض إليه أمره .

وكما يجوز للموكل أن يعزل الوكيل ، فله من باب أولى أن يقيد من وكالته ، كأن يوكله فى البيع وقبض الثمن ، ثم يقيد الوكالة بالبيع دون قبض الثمن ، ويكون هذا عزلا جزئيا من الوكالة .

---

(١) محمد على عرفه ص ٤١٦.

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٦٧ وما بعدها — محمد على عرفه ص ٤١٧ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الوكالة عقد غير لازم . فللموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة ، وله من باب أولى أن يقيد وكالته " [1].

ويجوز عزل الوكيل ولو لم يثبت خطأ أو إهمال من جانبه .

ولــيس هناك شكل خاص لعزل الوكيل . فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى العزل يكفى . غير أنه إذا تطلب القانون شكلا معينا لإنشاء الوكالة وانعقادها ، فإن نفس الشكل يجب مراعاته فى إلغائها [2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة تخضع فى انعقادها وانقضائها وسائر أحكامها للقواعد العامة المتعلقة بعقد الوكالة فى القانون المدنى فيما عــدا مــا يتضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة بــها . وإذ لم ينظم قــانون الــتجارة طرق انقضاء عقد الوكالة بالعمولة فإنه ينقضى بنفس الأسباب التى ينقضى بــها عقد الوكالة المدنية وبالتالي فإنه يجوز للوكيل بالعمولة أن يتنحى عن الوكالة فى أى وقت قبل إتمام العمل الموكول إليه ويــنهى العقد بإرادته المنفردة طبقا للحدود المرسومة بالقانون المدنى. ولما كان مؤدى ما تقضى به المادتان ٧١٥ و ٧١٦ من القانون المدنى- على مــا ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية — أن الوكالة عقد غير لازم فإنه يجوز للموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة، كما أن للوكيل أن يتنحى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٥ ص ٢٣٤ وما بعدها .

(٢) محيى الدين علم الدين ص ٢٣٩ .

عنها قبل إتمام العمل الموكول إليه ، فإذا كانت الوكالة بأجر صح التنحى ولكـــن يلزم الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذى قد يلحقه إذا كان التنحي بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب " .

(طعن رقم ٣٥٥ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٨)

٢- " الوكالـــة بالعمولة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – تخضـــع فى انعقادهـــا وانقضـــائها وسائر أحكامها للقواعد المتعلقة بعقد الوكالـــة فى القانون المدنى فيما عدا ما تضمنه قانون التجارة من أحكام خاصـــة بـــها ، وإذ لم ينظم قانون التجارة طـــرق انقضاء عقد الوكالة بالعمولـــة فإنه ينقضى بنفس الأسباب التى ينقضى بـــها عقد الوكـــالة المدنية وكان مفاد ما تقضى به المادتان ٧١٥ ، ٧١٦ من القانون المدنى– وعـــلى ما ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية – أن الوكالة عقد غير لازم فإنـــه يجـــوز للموكل- بإرادته المنفردة – عزل الوكيل فى أى وقت قبل انتهاء العمل محل الوكالة " .

(طعن رقم ٧٣١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥)

والتعـــبير عـــن عزل الوكيل قد يكون صريحا ، كما يصح أن يكون ضمنيا يستفاد من أى عمل يأتيه الموكل إذا كان من شأنه أن يكشف عن إرادته عزل الوكيل .

إلا أنـــه إذا كـــان العزل ضمنيا فإن يجب أن يثبت قطعا ، ولايصح استنتاجه من ظروف لا تدل عليه حتما .

ومن أمثلة العزل الضمني تعيين الموكل وكيل جديد لنفس العمل الذى يعهد به إلى الوكيل . أو أن يقوم الموكل بنفسه بمباشرة العمل الذى وكيل فيه غيره .

وتنتهى الوكالة السابقة ولو كانت الوكالة الجديدة باطلة ، أو سقطت لعدم قبول الوكيل الجديد [1].

٣٨٤- متى ينتج العزل أثره ؟

سواء كان العزل صريحا أو ضمنيا ، فإنه لاينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الوكيل طبقا للقواعد العامة .

ويكفى لإثبات علم الوكيل بالعزل إعلانه بذلك على يد محضر، ولو كان هذا الإعلان باطلا من ناحية الشكل ، إذ لا يشترط شكل معين فى العزل كما ذكرنا ، وفى رأينا أنه يكفى فى هذا العلم أيضا إخطاره بالعزل بخطاب موصى عليه . أما قبل علم الوكيل بالعزل فتبقى وكالته قائمة . فإذا تعاقد مع شخص حسن النية انصرف أثر العقد إلى الموكل . وحتى بعد علم الوكيل بالعزل إذا تعاقد مع الغير حسن النية ، فإن أثر التعاقد ينصرف أيضا إلى الموكل، ولكن ليس بموجب الوكالة الحقيقية كما فى الحالة الأولى ، بل طبقا لقواعد الوكالة الظاهرة ومن ثم يتعين على الموكل، حتى يكون بمأمن من ذلك ، أن يعلن الأغيارالذين يتعاملون عادة مع الوكيل بعزله لهذا الأخير .

ولقاضى الموضوع سلطة تعيين الوقت الذى قصد الموكل أن يبدأ منه العزل [1].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٧٠ .

وقــد قضـــى بأن النشر بالجرائد عن عزل الوكيل لايحتج به على من تعامل مع ذلك الوكيل ، لأن نشر الإعلانات بواسطة الجرائد مرخص فى مواضع معلومة مذكورة فى القوانين . وليس هذا النشر من المطلوب قانونا على العموم بالنسبة إلى الوكالة [1].

ولكـــن يجوز إثبات علم الغير بالبينة والقرائن . وتصرف الوكيل بعد عــلمه بالعــزل لاينفذ فى حق الموكل ، فإن مضى فى الوكالة كان هو المسئول عن ذلك ومن ثم لا يرجع بما أنفق من مصروفات على الموكل .

وقد قضت محكمة النقض – بصدد وكالة المحامى – بأن :

١– " ألزم الشارع الموكل أن يعلن عن انقضاء الوكالة وحمله مسئولية إغفـــال هـــذا الإجراء فإذا انقضت الوكالة بالعزل أو الاعتزال و لم يعلن الموكـــل خصمه بذلك سارت الإجراءات صحيحة فى مواجهة الوكيل . كذلك إذا انقضت الوكالة بوفاة الوكيل أو بعزله أو باعتزاله فإن ذلك لايقطـــع سير الخصومة ويتعين على الموكل أن يتقدم إلى المحكمة لتمنحه أجلا مناسبا يتمكن فيه وكيله الجديد من مباشرة الدعوى فإن هو تخلف عن ذلك أعملت المحكمة الجزاء الذى رتبه القانون على غياب الخصم " .

(طعن رقم ٤٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٤/٢٠)

---

(١) اســتئناف وطنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ مشار إليه بالسنهورى ص ٨٦١ وما بعدهــا هامش (٣) – وينتقد الدكتور محمد على عرفه ص ٤٢٠ هذا القضاء ويذهب إلى أنه لا يستقيم مع الوضع الذى قرره المشرع بالمادة ١٠٧ مدنى .

٢- " إذا كانت المطعون عليها قد أنـــهت توكيلها إلى محاميها فإنه لم تعـــد له صفة فى تقديم مذكرة أو الحضور عنها فى الطعن ولو ادعى بعدم جواز إنـــهاء الوكالة لصدورها لصالح الغير وذلك دون رضاء منه استنادا للمادة ٧١٥ من القانون المـــدنى ، متى كـــان المحـــامى لم يقـــدم الدليل على صحة هذا الادعاء " .

(طعن رقم ٢٣٨ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢١)

وإذا قـــارف الموكـــل خطأ من شأنه أن يحمل الغير حسن النية على الاعتقادبأن الوكالة التى تعاقدبناء عليها لا زالت سارية فإن هذه التصرفات تسرى قبله .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر فى القانون أن للموكل أن ينهى عقد الوكالة إلا أنه إذ قارف الموكل خطأ من شأنه أن يحمل الغير حسن النية على الاعتقاد بأن الوكالة التى بناء عليها تعاقد الوكيل مع هذا الغير لاتزال سارية حتى أبرم الوكيل معـــه تصـــرفات تعدل العقد الذى سبق أن أبرمه ، فإن هذه التصرفات الأخيرة تنفذ فى حق الموكل " .

(طعن رقم ٢٢٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٢/٨)

ويجـــب على الوكيل رغم عزله أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لاتتعرض معها للتلف (١/٧١٧ مدنى) ، على نحو ماسنرى .

٤٨٥ـ حالة تعدد الوكلاء أو الموكلين :

إذا تعدد الوكلاء فى عمل واحد وعزل الموكل أحدهم أو بعضهم، فإن ذلـــك لايمنع الوكلاء الباقين من الاستمرار فى تنفيذ الوكالة ، ولو كان

تعيينهم بعقد واحد ، لأن سحب الموكل ثقته من أحد الوكلاء لا يعنى ضياع ثقته فى الآخرين . بل إنه يفسر – على العكس- برغبته فى أن ينفرد الوكلاء الباقون بالعمل دون الوكيل المعزول .

وإذا تعدد الموكلون وانفرد أحدهم بعزل الوكيل ، فإذا كانت الوكالة تقبل التجزئة اقتصر العزل على الموكل الذى صدر منه العزل . وبقيت الوكالة قائمة بالنسبة إلى الموكلين الآخرين .

أما إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة ، فإن الوكيل الذى عزله أحد الموكلين لا يعزل ، إذ يلزم فى هذه الحالة اتفاق جميع الموكلين على عزله .

تقييد حق الموكل فى عزل الوكيل فى حالتين :

قيدت المادة (٧١٥) مدنى حق الموكل فى عزل الوكيل فى حالتين نتعرض لهما فيما يلى :

٣٨٦- الحالة الأولى :

تعويض الوكيل إذا كانت الوكالة بأجر :

أوجبت الفقرة الأولى من المادة ٧١٥ مدنى على الموكل فى حالة عزل الوكيل المأجور تعويضه عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول .

فيشترط إذن لتعويض الوكيل فى حالة عزله توافر الشروط الثلاثة التالية:

١- أن يكون الوكيل مأجورا ، لأن الوكيل غير المأجور يؤدى خدمة للموكل ، وبالتالي ليست له ثمة مصلحة فى استمرار الوكالة .

٢- أن يكون العزل فى وقت غير مناسب ، أو بغير عذر مقبول .

ويكــون العزل فى وقت غير مناسب مثلا إذا لم يخطر الموكل الوكيل بالعزل قبل حصوله ، أو إذا اتفق بين الطرفين على إخطار الوكيل فى حالة عزله قبل مدة معينة ، فعزله الموكل دون التقيد بـــهذه المدة .

ويكون العزل بغير عذر مقبول ، إذا كان الوكيل قد أدى عمله بأمانة وكفاءة و لم يبدر منه ثمة إهمال أو تقصير.

٣- أن يترتـــب للوكيل ضرر نتيجة العزل ، وغالبا يتمثل الضرر فى حرمانه من باقى الأجر المستحق له عن مدة الوكالة .

ففى هذه الحالة يكون هناك تعسف فى العزل وقع من جانب الموكل.

ويجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على تعويض يدفعه الأول إلى الثانى إذا عـــزله قبل انتهاء العمل الموكل فيه بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب، ويعتبر هذا الاتفاق شرطا جزائيا يخضع لسائر أحكامه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "(أ)- إن ما نص عليه فى البند الثالث من عقد الوكالة الصادر من الطاعنة للمحامى — من أنه " لايجوز للطاعنة عزل مورث المطعون ضدهم من عمله طالما كان يقوم به طبقاً للأصول القانونية فإذا عزلته قبل انتهاء العمـــل دون ســـبب يدعو لذلك التزمت بتعويض اتفاقى لايقبل المجادلة مقـــداره ٥٠٠٠ ج يســـتحق دون تنبيه أو إنذار أو حكم قضائى " هو اتفاق صحيح فى القانون ولا مخالفة فيه للنظام العام لأن الوكالة بأجر وهو صـــريح فى أنـــه شرط جزائى حدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد طبقا لما تقضى به المادة ٢٢٣ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١)

(ب)- " تقضـــى المـــادة ٢٢٤ مـــن القانون المدنى بأنه " لا يكون الـــتعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ، ويجـــوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجـــة كبيرة أو أن الالتزام الأصلى قـــد نفذ فى جزء منه ويقـــع بـــاطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين" ، وإذ كان قـــانون المحامـــاة ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الذى يحكم واقعة الدعوى لايمنع من تطبـــيق هذا النص على التعويض المتفق عليه بين المحامى وموكله فى حالة عزله من الوكالة ، لما كان ذلك ، فإن مبلغ ال ٥٠٠٠ ج المتفق عليه بين مورث المطعون ضدهم وبين الطاعنة كشرط جزائى على إخلالها بالتزامها بعـــدم عزله قبل إتمام العمل دون سبب يدعو لذلك لايكون مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر ، وإذا لم يثبت ذلك وأصبح التعويض مســـتحقا فإنـــه يخضع لتقدير القضاء بالتخفيض إذا أثبت المدين مبرره المنصـــوص عليه فى المادة ٢٢٤ من القانون المدنى ، وإذ قضى الحكم على الطاعنة بالمبلغ المذكور باعتبار أنه تعويض اتفاقى محدد لا يقبل المجادلة فإنه يكـــون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، وقد حجبه ذلك عن إخضاع هذا التعويض لتقدير المحكمة مما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١).

ويقـــع عـــلى عاتق الوكيل إثبات توافر الشروط سالفة الذكر ، لأن الأصـــل أن الوكيل لايتقاضى تعويضا عن عزله ، فإذا طالب بالتعويض وجب عليه أن يثبت السبب القانونى الذى يستحق من أجله التعويض .

والقاضـــى يستقل بتقدير التعويض الجابر لما حاق بالوكيل من ضرر .
وقد يرى القضاء له بباقى الأجر الذى لم يتقاضاه كله أو بعضه .
والقواعد العامة لاتحول دون تعويض الوكيل المأجور أو غير المأجور ، إذا كان العزل قد تم على نحو يلحق الضرر الأدبي به، بالإساءة إلى سمعته[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " النص فى المادة ١/٧١٥ من القانون المدنى ، يدل على أنه وإن كان للموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت ، إلا أنه فى حالة الوكالة بأجـــر يحق للوكيل أن يرجع على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب عزله إذا كان فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول، ولما كان يـــبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بإلزام الطاعنة بالتعويض على أنـــهـــا أنـــهت الوكالة فى وقت غير مناسب لأنـــها أخطرت المطعون عليه بفسخ العقد مخالفة شروطه التى توجب أن يكون الإخطار قبل انتهاء المـــدة بثلاثة أشهر ، وأنـــها بذلك تكون قد أساءت استعمال حقها فى إنـــهاء عقد الوكالة وهو ما يكفى لإقامة الحكم على أساس قانونى سليم فى قضائه بالتعويض ، ومن ثم فإنه لا يكون فى حاجة بعد ذلك إلى بحث الـــتعويض عـــلى أســـاس إنـــهاء الوكالة بغير عذر مقبول ، لأن أحد الأساسين وحده يكفى وحده بالتعويض " .

(ب)- "متى كانت المحكمة قد قدرت الضرر الذى لحق المطعون عليه- وكـــيل بالعمولـــة لـــتوزيع منتجات شركة البيرة الطاعنة — من إنـــهاء

(١) أكثم الخولى ص ٢٤٨ — السنهورى ص ٨٦٣ هامش (٣) .

الوكالة فى وقت غير مناسب بمبلغ ألفى جنيه منها ألف جنيه مقابل ما فاته من عمولة عن سنة ١٩٥٩ مستهدية فى ذلك بالعمولات التى تقاضاها عن السنوات السابقة وألف جنيه مقدار ما لحقه خسارة بسبب الاستيلاء على مستودعه وتأمين الزجاجات الفارغة والتعويضات التى دفعها لعماله ، وهو ما يتضمن الرد على دفاع الطاعنة - بأنه لم يلحق الوكيل ضرر- لأنه مازال يتعامل معها بصفته صاحب مقهى وبار - لأن إنهاء الوكالة قد أضاع على المطعون عليه العمولة التى كان يحصل عليها وهى بخلاف الأرباح التى يجنيها من بيع البيرة فى المقهى والبار قبل وبعد إنهاء الوكالة، الأمر الذى لم ترمعه المحكمة حاجة إلى إحالة الدعوى إلى التحقيق أو الاستعانة بخبير لتحقيق ما تدعيه الطاعنة بهذا الخصوص ، ومن ثم يكون النعى فى غير محله " .

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩)

٢- (أ)- " نص المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٧ المنطبق على واقعة الدعوى ، مفاده أن أتعاب المحامى المتفق عليها أو التى تدفع طوعا قبل تنفيذ الوكالة تخضع لتقدير القاضى طبقا لما تقضى . الفقرة الثانية من المادة ٩٠٧ من القانون المدنى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اقتصر فى رفض طلب الطاعنة استرداد المبلغ على أنه مقدم أتعاب دون أن يستظهر ما إذا كانت هناك ظروف أثرت فى الموكل (الطاعنة) تأثيرا حمله على أداء مقابل يزيد كثيرا عما يقتضيه الحال فيخضعه لتقديره وفقا لما يستصوبه مراعيا الأعمال التى قام بها الوكيل (مورث المطعون

ضـــدهم) والجهـــد الذى بذله وأهميته وثروة الموكل ، ولكنه أغفل ذلك وحجبه عنه تطبيقه حكم المادة ١٢٠ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ خطأ على واقعة الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب " .

(ب)- " إن مـــا نص عليه فى البند الثالث من عقد الوكالة — الصادر مـــن الطاعنة للمحامى — من أنه " لايجوز للطاعنة عزل مورث المطعون ضدهم عن عمله طالما كان يقوم به طبقا للأصول القانونية فإذا عزلته قبل انـــتهاء العمـــل دون سبب يدعو لذلك التزمت بتعويض اتفاقى لايقبل المجادلة مقداره ٥٠٠٠ ج يستحق دون تنبيه أو إنذار أو حكم قضائى " هو اتفاق صحيح فى القانون ولا مخالفة فيه للنظام العام لأن الوكالة بأجر وهو صريح فى أنه شرط جزائى حدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد طبقا لما تقضى به المادة ٢٢٣ من القانون المدنى " .

(ج)- " تقضى المادة ٢٢٤ من القانون المدنى بأنه " لايكون التعويض الاتفـــاقى مســـتحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ، ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه . ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين ، وإذ كان قانون المحاماة ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الذى يحكم واقعة الدعوى لايمنع من تطبيق هذا النص على الـــتعويض المتفق عليه بين المحامى وموكله فى حالة عزله من الوكالة، ولما كان ذلك فإن مبلغ ال ٥٠٠٠ ج المتفق عليه بين مورث المطعون ضدهم وبـــين الطاعنة كشرط جزائى على إخلالها بالتزامها بعدم عزله قبل إتمام

العمل دون سبب يدعو لذلك لايكون مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر ، وإذا لم يثبت ذلك وأصبح التعويض مستحقا فإنه يخضع لتقدير القضاء بالتخفيض إذا أثبت المدين مبرره المنصوص عليه فى المادة ٢٢٤ من القانون المدنى ، وإذ قضى الحكم على الطاعنة بالمبلغ المذكور باعتبار أنه تعويض اتفاقى محدد لايقبل المجادلة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، وقد حجبه ذلك عن إخضاع هذا التعويض لتقدير المحكمة مما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١)

(د)- " النص فى المادة ٧١٥ من القانون المدنى على أن يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة ... ولو وجد اتفاق يخالف ذلك فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول وفى المادة ١٢٠من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الذى يحكم واقعة الدعوى- على أن للموكل أن يعزل محاميه وفى هذه الحالة يكون ملتزما بدفع كامل الأتعاب عن تمام مباشرة المهمة الموكلة إلى المحامى " يدل على أن الموكل وإن كان له أن يسحب ثقته من وكيله المحامى فيملك عزله متى تراءى له ذلك إلا أنه لما كان للوكيل مصلحة فى تقاضى أتعابه فقد وجب ألا يكون الموكل متعسفا فى استعمال حقه فلا يسوغ له عزل الوكيل المحامى فى وقت غير مناسب أو دون قيام مبرر مقبول ، فإذا ما تحقق هذا التعسف التزم بأداء كامل الأتعاب عن تمام مباشرة المهمة الموكلة إلى المحامى " .

(طعن رقم ١١٣٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

٣٨٧ـ الاتفاق على إعفاء الموكل من المسئولية فى حالة عزله :

يجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على إعفاء الأول من المسئولية عند عـــزل الوكيل ، فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم عملا بالمادة ٢/٢١٧ مدنى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان النص فى المادة ٢١٧ من ذات القانون على أنه ١- ...... ٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عـــدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم مؤداه أنه – فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم – يجوز الاتفاق بين طرف عقد الوكالة على حق الموكل فى عزل الوكيل فى أى وقت دون أن يكون مســـئولا قـــبله عن أى تعويض ويعد هذا الاتفاق واردا على الإعفاء من مسئولية عقدية مما يجيزه القانون " .

(طعن رقم ٧٣١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥)

٣٨٨ـ الحالة الثانية :

عـدم جـواز إلغـاء أو تقييـد الوكالة الصادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى إلا بـرضاء الوكيل :

أوردت الفقـــرة الثانية من المادة ٧١٥ من القانون المدنى استثناء على حـــق الموكـــل فى عزل الوكيل فى أى وقت كان بما نصت عليه من أنه: "عـــلى أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى، فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه " .

ومقتضى هذا النص أنه لايجوز للموكل إنهاء الوكالة أو تقييدها فى حالتين ، **الأولى** : إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل **والثانية** إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبى ، إلا برضاء الوكيل فى الحالة الأولى وبرضاء الأجنبى فى الحالة الثانية وتكون الوكالة الصادرة لصالح الوكيل بأن يوكل المدين دائنه فى بيع أحد أمواله أو فى تحصيل حقوله ليحصل على حقه من ثمرة تنفيذ الوكالة أو توكيل شركة التأمين فى توجيه الدعوى المرفوعة على المستأمن الخاصة بالمخاطر موضوع التأمين ، أو إذا وكل الشركاء على الشيوع أحدهم فى إدارة العقار الشائع .

غير أنه لا يكفى أن تكون للوكيل مصلحة فى استمرار الوكالة كما لو كان وكيلا مأجورا بل يجب أن تكون الوكالة صادرة لمصلحته أى أن يكون هدفها هو تحقيق مصلحة كما فى الأمثلة السابقة [(١)].

ومن أمثلة الوكالة التى تكون لصالح الأجنبى ، أن يوكل البائع المشترى فى أن يسدد دينا على البائع من ثمن الشئ المبيع ، الضامن لسداد هذا الدين .

ومن باب أولى لايجوز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة فى صالح كل من الوكيل والأجنبى كأن يوكل شخص فى بيع منزل على أن يستوفى الوكيل من ثمنه دينا له فى ذمة الموكل وأن يوفى دينا آخر فى ذمة الموكل للغير .

---

(١) أكثم الخولى ص ٢٤٧ .

ويترتـــب على عزل الوكيل دون بموافقته فى هاتين الحالتين ، أن هذا العـــزل لا يكـــون صحيحا ومن ثم تبقى وكالته قائمة بالرغم من عزله وينصرف أثر تصرفه إلى الموكل [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... على أنه يرد على جواز عزل الوكيل أو تقييد وكالته قيدان:... (ب) إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى كما إذا كان أحد منهما دائنا للموكل ورخص له فى استيفاء حقه مما يقع فى يد الوكيل من مـــال الموكل ، فلا يجوز عزل الوكيل أو تقييد وكالته إلا بعد رضاء من كانت الوكالة فى صالحه ، الوكيل أو الأجنبى .... إلخ " [٢].

ويقـــع على عاتق الوكيل تقديم الدليل على أن الوكالة صادرة لصالحه أو لصالح الأجنبى .

٣٨٩- لايجوز الاتفاق على عدم عزل الوكيل :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٧١٥ مدنى على أنه : " يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك " .

فـــلا يجـــوز الاتفـــاق على أن الوكالة لايجوز إنـــهاؤها أولا يجوز إنـــهاؤهـــا قبل وقت معين . ومفاد ذلك أن حق الموكل فى عزل الوكيل مما يتعلق بالنظام العام . ويقع باطلا بالتالى أى اتفاق على خلاف ذلك.

---

(١) السنهورى ص ٨٦٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٣٥ .

ويرى البعض أن أساس هذه القاعدة هو أن عقد الوكالة ينشئ للوكيل سلطة فى تمثيل الموكل يجب ألا يفلت زمامها من يد الموكل فى أى وقت وإلا انقلبت الوكالة إلى تنازل من الموكل عن جانب – صغير أو كبير- من شخصيته القانونية [1].

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز أيضا للوكيل أن يشترط تقاضى تعويض إذا عزله الموكل فإن فى هذا تقييد لحرية الموكل فى عزل الوكيل .

وقد أراد القانون الاحتفاظ للموكل بهذه الحرية كاملة .

(ب) – تنحى الوكيل عن الوكالة .

٣٩٠- الأصل أن للوكيل حق التنحى عن الوكالة :

تنص المادة ٧١٦ مدنى فى صدرها على أنه : " يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك .. إلخ " .

فلما كان الوكيل – ولو كان مأجورا- يتطوع بالخدمة فلا يسوغ إجباره على أدائها ، ولذلك كان من حقه أن يقيل نفسه من الوكالة إذا ناء بعبئها أو رغب عن الاستمرار فى تنفيذها . ومن ثم تنتهى الوكالة بتنحى الوكيل . وعقد الوكالة ليس من عقود المضاربة كعقد المقاولة ، ولذلك جاز تعديل أجر الوكيل بالزيادة أو بالنقص لجعله متناسبا مع الخدمة التى أداها ، فيكون للوكيل أن يتنحى عن الوكالة، إذا رأى أنه لم يعد من الملائم له أن يمضى فى إسداء الخدمة .

---

(١) أكثم الخولى ص ٢٤٦ وما بعدها .

وتـــنحى الوكيل عن الوكالة يصدر عن إرادة منفرده من الوكيل، ولم يشـــترطله القانون شكلا خاصا ، والتعبير عن التنحى قد يكون صريحا كما يكون ضمنيا .

وتوجب المادة ٧١٦ مدنى إعلان الموكل بالتنازل . حتى يستعد لمباشرة شئونه بنفسه أو باختيار وكيل آخر يفوض إليه رعاية مصالحه .

وليس من الضرورى أن يحصل هذا الإعلان بإنذار صحيح شكلا، بل يجوز حصوله بأى شكل يؤدى إلى علم الموكل بتنحى الوكيل . أو بمجرد خطاب موصى عليه فإذا لم يتم إعلان الموكل بالتنحى عن الوكالة ، فإن الوكالة تظل قائمة ، ويكون الوكيل ملزما بالمضى فى أعمال الوكالة .

ويجب على الوكيل رغم انتهاء وكالته بالتنحى أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف عملا بالمادة ١/٧١٧ كما سنرى.

وإذا تعـــامل الوكـــيل رغم تنحيه وإعلان التنحى إلى الموكل مع الغير حسن النية ، فإنه تطبق نظرية الوكالة الظاهرة .

٣٩١ـ تعدد الموكلين :

إذا تعــــدد الموكلـــون وكان العمل محل الوكالة قابلا للتجزئة ، جاز للوكـــيل أن يتـــنحى عن الوكالة بالنسبة إلى بعض الموكلين دون البعض الآخر .

أمـــا إذا كـــان العمـــل محل الوكالة غير قابل للتجزئة ، فإنه لا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة بالنسبة للبعض فقط ، بل يجب عليه التنحى بالنسبة لجميع الموكلين .

٣٩٢- لايجوز الاتفاق على عدم تنحى الوكيل :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدنى على أنه : " يجوز للوكيل أن ينـــزل فى أى وقت عن الوكالة **ولو وجد اتفاق يخالف ذلك** .. إلخ " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وللوكيل أن يتنازل عن الوكالة قبل الفراغ من تنفيذها وينفذ التنازل بإعلانـــه للموكل . وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها " .

فحـــق الوكيل فى التنحى يتعلق بالنظام العام ، كحق الموكل فى عزل الوكيل ، ومن ثم يقع باطـــلا الاتفاق على حرمـــان الوكيل من التنحى إطلاقا ، أو بعد مدة معينة ، حتى لو كانت الوكالة مأجورة .

ويذهـــب رأى فى الفقـــه إلى أنه يصح الاتفاق مقدما على التعويض الواجب دفعه عند تنحى الوكيل عن العمل، على أن ذلك يعتبر من قبيل تضمين العقد شرطا جزائيا . وقد خول المشرع القاضى حق إعادة النظر فى مـــبلغ التعويض المتفق عليه فى العقد وتقديره بحيث يتناسب مع الضرر الذى يشكو منه المتعاقد الذى اشترط التعويض لمصلحته [١].

بيـــنما ذهـــب رأى آخر — نؤيده- إلى أن هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، لأن فى هذا تقييدا لحرية الوكيل فى التنحى [٢].

---

(١) محمـــد على عرفه ص ٤٢٢ وحكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ ومحكمة الاستئناف الوطنية ١٩٢٦/١٢/٢ المشار إليهما بـــهامش (٤) من المؤلف السابق — محمد كامل مرسى ص ٥٧٥ .

(٢) السنهورى ص ٨٧٢- أكثم الخولى ص ٢٤٩ .

تقييد حق الوكيل فى التنحى فى حالتين :

بعـــد أن أجـــازت المادة ٧١٦ مدنى فى صدرها للوكيل التنحى عن الوكالة فى أى وقت ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، قيدت حقه فى التنحى فى حالتين . سنعرض لهما فى ما يلى :

الحالة الأولى :

٣٩٣ـ إذا كانت الوكالة بأجر :

فقـــد نصـــت الفقرة الأولى من المادة على أنه : " فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جـــراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول " — وواضح أن هـــناك خطأ ماديا فى النص والصحيح هو استبدال لفظ " أو" بلفظ (و) العطف ، فيكون النص على الوجه الآتى : " من جراء التنازل فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول " [1].

وعـــلى ذلـــك يكون الوكيل ملزما بالتعويض إذا تنحى فى وقت غير مناســـب ، أو تنحى بغير عذر مقبول . وذلك حتى لا ينال الموكل ضرر من جراء ذلك ، إلا إذا كان مستحيلا عليه أن يؤدى الوكالة من غير أن يـــناله ضـــرر جسيم ، كما فى حالة المرض أو تغيير محل الإقامة أو تغيير المهنة[2].

---

(١) السنهورى ص ٨٧٢ هامش (٤) — أكثم الخولى ص ٢٤٩ .

(٢) محمد كامل مرسى ص٥٧٤ .

والمادة لم تنص على بطلان التنحى فى هذه الحالة ، ولذلك يقع التنحى صحيحا ولكن يلتزم الوكيل بتعويض الموكل عما يلحقه من ضرر نتيجة لذلك .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" كذلــك يرد على جواز تنازل الوكيل عن الوكالة قيدان : (أ) إذا كانــت الوكالة بأجر وتنازل عنها الوكيل فى وقت غير مناسب أو بغير عــذر مقبول ، فإنه يكون متعسفا فى هذا التنازل ويجب عليه التعويض ، كما هو الأمر فى حالة التعسف فى العزل " [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان من حق الوكيل أن يقيل نفسه من الوكالة إذا ناء بعبئها أو رغب عن الاستمرار فى تنفيذها إلا أن المشرع لم يطلق الأمر لهوى الوكيل يتنحى متى أراد وفى أى وقت شاء بل إنه قيد هذا الحق بقيود ضمنها نص المــادة ٧١٦ من القانون المدنى ، فإذا لم يراع الوكيل فى تنحيه الشروط والأوضاع التى يحتمها كان ملزما بالتعويضات قبل الموكل ، كما إذا أهمل بالرغم من تنحيه — القيام بجميع الأعمال المستعجلة التى يخشى من تركها عــلى مصلحة الموكل (م٧١٧ من القانون المدنى) ولا يعفى الوكيل من المســئولية عــن عزل نفسه فى وقت غير مناسب أو إغفال السهر على مصــالح الموكل المستعجلة إلا أن يثبت أن ما فرط فيه إنــما كان بسبب خــارج عــن إرادته أو إذا أثبت أنه لم يكن فى وسعه أن يستمر فى أداء

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٥ ص ٢٣٥ .

مهمته إلا إذا عرض مصالحه لخطر شديد على سند من أنه لا يستساغ أن يفــرض على الوكيل تضحية مصالحه الخاصة فى سبيل السهر على مصالح الموكل " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١)

وتقدير ما إذا كان الوكيل بأجر قد تنحى عن وكالته بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع، درن رقابـــة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة لها أصلها الثابت فى أوراق الدعوى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تقدير ما إذا كان الوكيل المأجور قد أهمل فى تنفيذ الوكالة أو تنحى فى وقت غير لائق وبغير عذر مقبول هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– من مسائل الواقع التى تبت فيها محكمة الموضوع دون ما رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سائغا له أصله الثابت فى الأوراق " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١)

غـــي أنـــه يجوز – فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم – الاتفاق بين الطـــرفين على إعفاء الوكيل من مسئوليته عن التنحى ويعد هذا الإعفاء واردا على الإعفاء من مسئولية عقدية مما يجيزه القانون (م٢١٧/٢ مدنى).

(راجـــع نقض طعن رقم ٧٣١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥ منشور ببند ٣٨٧)

٣٩٤ـ الحالة الثانية :
إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبى :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧١٦ مدنى على أنه : " غير أنه لايجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبى إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك على أن يخطر الأجنبى بهذا التنازل ، وأن يمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه " .

فقد قيد المشرع حق الوكيل فى التنحى عن الوكالة إذا كانت صادرة لصالح أجنبى ، بثلاثة قيود :

الأول : أن توجد لدى الوكيل أسباب جدية تبرر هذا التنحى .

الثانى : أن يخطر الأجنبى بهذا التنازل.

الثالث : أن يمهل الوكيل الأجنبى وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه .

وحكمة هذه القيود أن الأجنبى قد تعلق حقه بالوكالة ، فوجب ألا يكون تنازل الوكيل ، بالنسبةله ، بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب . أما إذا كانت الوكالة لمصلحة الوكيل ، فهو حر فى التنازل عنها فى أى وقت شاء لأنه هو الذى يقدر مصلحته [١].

وإذا أخل الوكيل بأحد هذه القيود فإنه مع ذلك لايجبر على الاستمرار فى الوكالة ، ولكن يكون مسئولا عما أصاب الموكلمن ضرر. كما يجوز للأجنبى الرجوع على الوكيل بالتعويض ، وإن كان الأصل هو أن يرجع الأجنبى على الموكل الذى يرجع بدوره على الوكيل [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٣٥ .

(٢) أكثم الخولى ص ٢٤٩ وما بعدها .

٣٩٥- تنحى المحامى عن الوكالة :

نظـــم قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ أحكام تنحى المحامى عن وكالته، بـــما لا يخرج عن القواعد السابقة فقد نص على ما يأتى :

١- لا يجوز للمحـــامى أن يتنازل عن التوكيل فى وقـــت غير لائق . ومثال ذلك أن يتنازل عن التوكيل قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بمدة لا تمكن الموكل من توكيل محام آخر (م٩٢) .

(راجع نقض طعن ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١ المنشور سلفا فى بند ٣٩٣) .

ولايجـــوز لـــلمحامى المنتدب طبقا لنظام المساعدات القضائية الوارد بالفصـــل الرابع من الباب الثانى من قانون المحاماة سالف الذكر ، التنحى إلا لأسباب تقبلها الجهة التى تندبه (م٢/٩٧) .

أو بعـــد استئذان المحكمة التى يتولى الدفاع أمامها وعليه أن يستمر فى الحضور حتى تقبل تنحيته وتعيين غيره (م ٢/٦٤) .

٢-يجـــب على المحامى أن يخطرموكله بكتاب موصى عليه بتنازله عن التوكيل .

فالـــنص حدد وسيلة الإخطار بالتنازل عن التوكيل بكتاب موصـــى علـــيه، فلا يجوز أن يتم شفاهة أو بخطاب عادى ، غير أنه يجوز أن يتم بطريقة أقوى ، كإعلان على يد محضر .

ويترتب على عدم إخطار الموكل بالتنازل عن التوكيل استمرار وكالة المحـــامى فى الدعوى فتصير الإجراءات صحيحة فى مواجهة المحامى الذى أنـــهى وكالته .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ألزم الشارع الموكل أن يعلن عن انقضاء الوكالة وحمله مسئولية هذا الإجـــراء . فـــإذا انقضـــت الوكالة بالعزل أو الاعتزال ولم يعلن الموكل خصمه بذلك سارت الإجراءات صحيحة فى مواجهة الوكيل. كذلك إذا انقضـــت الوكالة بوفاة الوكيل أو بعزله أو باعتزاله فإن ذلك لايقطع سير الخصـــومة ويتعين على الموكل أن يتقدم إلى المحكمة لتمنحه أجلا مناسبا يـــتمكن فـــيه وكيله الجديد من مباشرة الدعوى فإن هو تخلف عن ذلك أعملت المحكمة الجزاء الذى رتبه القانون على غياب الخصم " .

(طعن رقم ٤٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٤/٢٠)

٣- يجب على المحكمة تأجيل الدعوى المدة الكافية لتوكيل محام آخر.

ولما كانت الحكمة من هذا الشرط هى تمكين الموكل من توكيل محام آخر للدفاع عن مصلحته فيها فإن الحكمة من التأجيل تنتفى فى حالة ما إذا كان قد وكل محاميا آخر بالفعل وباشر الحضور عنه فى الدعوى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١-" إذا كان الطاعن قد استكمل دفاعه فى الدعوى ، فإن تحديه بنص الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٥ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦١ لســـنة ١٩٦٨ يصبح عديم الجدوى لأن المشرع لم يقصد من هذا النص سوى تمكين الخصم من إبداء دفاعه إذا تنازل محاميه عن التوكيل " .

(طعن رقم ٥٦٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٦)

٢- " النص فى المادة ١٣٥ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالمحامـــاة على أنه " لايجوز للمحامى أن يتنازل عن التوكيل فى وقت غير لائق ويجب عليه أن يخطر موكله بكتاب موصى عليه بتنازله وأن يستمر فى إجـــراءات الدعوى شهرا على الأقل متى كان ذلك لازما للدفاع عن

مصالح الموكل ، ويتعين على المحكمة تأجيل الدعوى المدة الكافية لتوكيل محـــام آخر " يدل على أن الحكمة التي تغياها المشرع من وجوب تأجيل الدعوى فى حالة تنازل المحامى عن التوكيل هى تمكين الموكل من توكيل محـــام آخر للدفاع عن مصلحته فيها مما مقتضاه أن الحكمة من التأجيل تنتفى فى حالة ما إذا كان قد وكل محاميا آخر بالفعل وباشر الحضور عنه فى الدعوى " .

(طعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/١١)

ثانيا : موت الموكل أو الوكيل

٣٩٦- (أ) — موت الموكل :

تنص المادة (٧١٤) مدنى على أن " تنتهى الوكالة .... وتنتهى أيضا بموت الموكل أو الوكيل " .

فالوكالة تنتهى بموت الموكل ، لأن الوكالة من العقود التى يراعى فيها شـــخص الموكـــل ، إذ الموكل لا ينيب عنه أى شخص ، سواء كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة ، ومن ثم لا يحل الورثة محل الموكل .

وإذا كان الموكل شخصا معنويا كشركة أو جمعية فإن الوكالة تنتهى بحله ولو كان الحل اختياريا ، فالحـــل بالنسبة للشخص المعنوى هو بمثابة الموت بالنسبة للشخص الطبيعى غير أن الوكالة تبقى المدة اللازمة لتصفية الشـــركة إذ أن الشخصـــية المعنوية للشركة تبقى لها فى حـــدود أغراض التصـــفية ويترتـــب على انتهاء الوكالة بحل الشخص المعنوى عدم قبول دعـــوى الوكـــيل بالمطالبة بالتعويض استنـــادا إلى أن انتهاء وكالته بحل الشخص المعنوى يعتبر بمثابة عزل له . فليس له بناء على ذلك أن يطالب بالتعويض عن إنـــهاء وكالته فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.

فـانحلال الشخص المعنوى – كما ذكرنا – يأخذ حكم الموت بالنسبة للشخص الطبيعى ، فـلا يسرى بصدده أحكام العزل [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٧١٤ من القانون المدنى على أن الوكالة تنتهى بموت الموكـل أو الوكيل ، وقد ورد هذا النص فى حدود الاستثناء الذى قررته المـادة ١٤٥ من القانون المدنى ، فلا ينصرف أثر عقد الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إلى ورثته بوصفهم خلفاً عاماً ، لأن المشرع افترض أن إرادة المـتعاقدين الضـمنية اتجهت إلى انقضاء عقد الوكالة بوفاة أيهما اعتباراً بأن هذا العقد من العقود التى تراعى فيها شخصية كل متعاقد " .

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/١٣)

٢- " نصـت المادة ٧١٤ من القانون المدنى على انتهاء الوكالة بموت الموكل ومن ثم فلا تنصرف آثار عقد الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إلى ورثته بوصفهم خلفاً عاماً باعتبار أن هذا العقد من العقود التى تراعى فـيها شخصية كل متعاقد ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى اعتبار التظهير الحاصل من المستفيد من السند الإذنى المؤرخ، ١٩٧٩/١١/٢٠ إلى البنك المطعون ضده تظهيراً توكيلياً وكان الثابت فى الدعـوى أن المظهـر توفى فى أكتوبر سنة ١٩٨٠ فإن وكالة البنك عن المظهـر فى تحصيل قيمة السند تكون قد انتهت فى ذلك التاريخ وإذ تقدم البـنك إلى السيد / رئيس محكمة شمال القاهرة بطلب إصدار أمر الأداء بقـيمة ذلـك السند فى ١٩٨١/٦/٣٠ فإن صفته فى استصدار الأمر و مباشـرة الإجراءات القانونية لتحصيل قيمة السند تكون قد زالت – وإذ

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٣ .

خــالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بصفة البنك المطعون ضده كوكـــيل عن المظهر بدعوى عدم اعتراض الورثة رغم عدم تقديم ما يفيد موافقـــتهم على مباشرة البنك لتلك الإجراءات وإعلان أحدهم انقضاء الديـــن الثابت بالسند فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق مما جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه " .

غـــير أنه يراعى أن الوكالة الصادرة من ممثل الشخص المعنوى لا تتأثر بتغيير هذا الممثل وتظل سارية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مـــن المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه متى كان للشـــركة شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية من يمثلها قانونا وكانت هـــى المقصـــودة بذاتـــها بالخصومة فلا تتأثر بما يطرأ على شخصية هذا الممـــثل من تغيير . لما كان ذلك ، وكان الثابت بالتوكيل الذى بموجبه باشر المحامى رفع الطعن بالنقض أنه صادر من المستشار القانونى للشركة الطاعنة استنادا إلى التوكيل الصادرله من رئيس مجلس إدارة الشركة آنذاك متضمنا تفويضه فى تمثيل الشركة أمام القضاء والإذن له فى توكيل المحامين فى الطعن بالنقض وكان هذا التوكيل قد صدر صحيحا ممن يمثل الشركة قانونـــا وقت صدوره ، فإن تغيير رئيس مجلس الإدارة فى مرحلة لاحقه لصـــدور التوكيل لا ينال من شخصية الشركة ، ولا يؤثر على استمرار الوكالـــة الصادرة منها ومن ثم لا يوجب إصدار توكيل آخر من رئيس مجلس الإدارة الجديد للتقرير بالطعن " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٦)

٣٩٧- الاحتجاج بموت الموكل لا يكون إلا من تاريخ العلم بالموت:

لا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة بموت الموكل على الوكيل أو الغير الـــذى تعامل معه إلا من وقت علم الوكيل بالوفاة . فكل التصرفات التى يجريها الوكيل فى الفترة التالية للوفاة ، والسابقة على علمه بـــها، تكون قد صدرت منه باعتباره وكيلا ، وتترتب له من أجلها كل حقوق الوكيل الثابتة بعقد الوكالة . لا بموجب وكالة ظاهرة بل بموجب وكالة حقيقية عملا بالمادة ١٠٧ مدنى [1].

ولكـــن يجوز الاحتجاج على الغير حسن النية بسوء نية الوكيل ، فلا يكـــون للغير أن يطالب الورثة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذى عقده الوكيل فى تركة مورثهم (م١٠٧)، ومن حقه الرجوع بالتعويضات عـــلى الوكـــيل سئ النية ويقع على عاتق من يدعى علم الوكيل أو الغير بالوفـــاة للـــرجوع على الأول بالتعويضات ، أو للتخلص من الالتزامات المترتبة لصالح الثانى ، أن يثبت واقعة العلم لأن حسن النية مفروض حتى يثبت العكس . إنـــما يكون له فى هذه الحالة أن يقيم الدليل على صحة دعواه بسائر وسائل الإثبات وأخصها القرائن . وبطلان تصرفات الوكيل بعد علمه بوفاة الموكل يعتبر بطلانا نسبيا لا يجوز الاحتجاج به إلا لورثة الموكل ، فلا يقبل ممن تعامل مع الوكيل أن يتمسك بـــهذا البطلان .

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٤ وما بعدها — السنهورى ص ٨٥٣ .

٣٩٨ـ الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الأجنبى :

إذا كانت الوكالة صادرة لمصلحة الوكيل أو الأجنبى ، كما إذا وكل شخص آخر فى قبض ثمن البيع ودفع الثمن سدادا لدين فى ذمة الموكل للوكيل أو لأجنبى ، فإن الوكالة لا تنتهى بوفاة الموكل ، لأن أساس انتهاء الوكالة بوفاة الموكل هو انقضاء الاعتبار الشخصى الذى قبل الوكيل الوكالة على أساسه [1]. إذ لو انتهت الوكالة بموت الموكل فى هذا فالغرض لفات على الوكيل أو على الأجنبى مصلحته فى استيفاء الدين[2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم قد حصل تحصيلا سائغا من المستندات أن اتفاقا تم بين الطاعن والمطعون عليه على أن يضع هذا الأخير اليد على الأطيان التى رهنها له الطاعن رهنا تأمينيا وأن يحصل ريعها خصما من دينه وقرر أنه سواء أكان الغرض من هذا الاتفاق هو إنشاء عقد رهن حيازى لاحق للرهن التأمينى أم عقد وكالة لإدارة الأطيان واستيفاء الدين من غلتها فإنه على كلا الفرضين لا سبيل للطاعن فى أن ينهى بإنذار منه العلاقة القائمة بينهما ، لأن عقد الرهن لايفسخ بإرادة واحدة وكذلك عقد الوكالة إذا كان لمصلحة الدائن . فإن الطعن على الحكم بالخطأ فى التكييف يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٢/٢٢)

---

(١) أكثم الخولى ص ٢٥٠ - محمد على عرفه ص ٤٢٤ — السنهورى ص ٨٥٥.

(٢) السنهورى ص ٨٥٥ .

وقـــد لا تنتهى الوكالة بموت الموكل إذا كان من شأنـــها ألا تبدأ إلا بعـــد موت الموكل ، كما إذا وكل شخص آخر فى نشر وثائق معينة بعد موتـــه ، أو فى إقامة نصب تذكارى له . أو فى سداد دين عليه من تركته. أو فى إعطـــاء مبلغ من تركته لشخص معين ، وتتخذ الوكـــالة فى هذه الفروض صورة الوصية ويكون الوكيل هو المنفذ لها (١).

وإذا تعـــدد الموكلون فإن وفاة أحدهم تنهى وكالة الوكيل عنه إلا فى حالة عدم القابلية للتجزئة حيث يتعلق حق سائر الموكلين ببقاء الوكالة.

٣٩٩ـ انتهاء الوكالة بموت الموكل لا يتعلق بالنظام العام :

انتهاء الوكالة بموت الموكل ، لايعتبر من النظام العام ، فيجوز الاتفاق عـــلى مـــا يخالف هذا الحكم ، فلا تنتهى الوكالة بموت الموكل بل يلتزم بـــها ورثته فى حدود التركة (٢).

وهذا الاتفاق إما أن يكون صريحا أو ضمنيا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" للعاقدين أن يتفقا على أن تستمر الوكالة رغم وفاة أحدهما على أن تنتقل التزامات المتوفى منهما إلى ورثته وهذا الاتفاق كما يكون صريحا قد يكـــون ضمنيا ولقاضى الموضوع استخلاص الاتفاق الضمنى من ظروف العقد وشروطه بأن تكون الوكالة لمصلحة الموكل والغير مثلا ،وإذن فمتى كـــان الواقـــع هو أن المطعون عليه الأول تعهد بموجب عقد رسمى بأن

---

(١) السنهورى ص ٨٥٦ — قدرى الشهاوى ص ٥٠٦ وما بعدها .

(٢) أكثم الخولى ص ٢٥٠ — السنهورى ص ٨٥٥ .

يتنازل عن دين له قبل المطعون عليهم إلى مورث الطاعن ونص فى الاتفاق على أن هذا التنازل هو لأجل تحصيل المبلغ من المدينين ودفعه إلى الطاعن الــذى يداين المطعون عليه الأول بأكثر منه وكان الحكم المطعون فيه قد كــيف هــذا الاتفــاق بأنه وكالة تعلق بــها حق الغير وليس للموكل ســحبها أو إسقاطها بغير رضاء وقبول هذا الغير ، فإن هذا الذى قرره الحكم صحيح فى القانون " .

(طعن رقم ٣٢٧ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١/٢٢)

٤٠٠ـ (ب) — موت الوكيل :

رأينا أن المادة ٧١٤ مدنى تنص على أن تنتهى الوكالة بموت الوكيل .

فالوكالة تنتهى بموت الوكيل لأن الوكالة من عقود الاعتبار الشخصى، فالموكل لايختار أى شخص ليكون وكيلا عنه ، ومن ثم لا تنتقل الوكالة إلى ورثة الوكيل .

وإذا كــان الوكيل شخصا اعتباريا كجمعية أو شركة ، فإن الوكالة تنتهى بحله ولو كان الحل اختياريا ، لأن حل الشخصى الاعتبارى — كما أشرنا سلفا — هو بمثابة الموت بالنسبة للشخص الطبيعى .

وإذا تعدد الوكلاء فإن وفاة أحدهم تنهى وكالته ، بينما تستمر وكالة الباقين ، بشرط أن يملك الباقون أن يستقلوا بتنفيذ الوكالة .

وانــتهاء الوكالة بموت الوكيل لا يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز الاتفــاق صراحة أو ضمنا على عدم انتهاء الوكالة بموت الوكيل ويلتزم بــها الورثة فى حدود التركة . وأكثر ما يحدث هذا فى حالة ما إذا كان الوكيل محترفا أو شخصا معنويا وهذا الاتفاق قد يكون صريحا ، كما قد يكون ضمنيا .

و هذا قضت محكمة النقض بأن :

" للعاقدين أن يتفقا على أن تستمر الوكالة رغم وفاة أحدهما على أن تنتقل التزامات المتوفى منهما إلى ورثته وهذا الاتفاق كما يكون صريحا قد يكـــون ضمنيا ولقاضى الموضوع استخلاص الاتفاق الضمنى من ظروف العقد وشروطه بأن تكون الوكالة لمصلحة الموكل والغير مثلا وإذن فمتى كـــان الواقـــع هو أن المطعون عليه الأول تعهد بموجب عقد رسمى بأن يتـــنازل عن دين له قبل باقى المطعون عليهم إلى مورث الطاعن ونص فى الاتفاق على أن هذا التنازل هو لأجل تحصيل المبلغ من المدينين ودفعه إلى الطـــاعن الذى يداين المطعون عليه الأول بأكثر منه وكان الحكم المطعون فيه قد كيف هذا الاتفاق بأنه وكالة تعلق بـــها حق الغير وليس للموكل ســـحبها أو إسقاطها بغير رضاء وقبول هذا الغير ، فإن هذا النعى الذى قرره الحكم صحيح فى القانون " .

(طعن رقم ٣٢٧ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١/٢٢)

٤٠١ — التزامات ورثة الوكيل :

تـــنص الفقرة الثانية من المادة ٧١٧ مدنى على أن : " وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا عـــلى عـــلم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدبيرات ما يقتضيه الحال لصالح الموكل " .

فقد ألقى هذا النص على ورثة الموكل التزاما بأمرين :

الأول : أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم .

الثانى : أن يتخذوا من التدبيرات ما يقتضيه الحال لصالح الموكل ، أى علـيهم السهر على رعاية مصالح الموكل حتى لا يلحقها الخطر، فعليهم القـيام بالإجراءات المستعجلة . فإذا كان قد بدئ فى جنى المحصول وبيعه وجـب على الورثة أن يستمروا فى ذلك حتى يصل إلى حالة تكون معها مصـالح الموكل مأمونة ، ودون أن يكون من الضرورى الانتهاء من بيع المحصول بأكمله (١).

إلا أن الورثة لا يكلفون بـهذين الالتزامين إلا بشرطين :

الأول: أن يكونوا عالمين بوجود الوكالة .

الثانى : أن تتوافر لديهم أهلية الالتزام .

ويترتـب عـلى ذلك أن الموكل لا يستطيع أن يرجع بالتعويض على ورثـة الوكيل بدعوى تعريض مصالحه للخطر إذا كانوا يجهلون وجود الوكالـة ، أو كـانوا ناقصى الأهلية ، لأنـهم يعذرون لحسن نيتهم فى الحالـة الأولى ، ولأنه لا يترتب فى ذمتهم أى التزام قبل الموكل فى الحالة الثانية، شأنـهم فى ذلك شأن الوكيل القاصر تماما .

وإذا أراد الورثـة نفـى مسئوليتهم قبل الموكل تأسيسا على جهلهم الوكالـة ، فعلـيهم أن يقيموا الدليل على صحة هذا الادعاء ، لأنـهم يدعون بذلك براءة ذمتهم من التزام مقرر لصالح خصمهم ، وعلى المدين إثبات براءته من المدين .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٣٨ .

ولما كان الورثة يضطلعون بسائر التزامات المورث باعتبارهم من الخلف العام ، فإنهم لا يتحملون بهذه الالتزامات إلا فى حدود التركة تطبيقا لأحكام الشريعة الغراء التى من مقتضاها أن تركة المورث هى الضامنة لديونه ، ولا يلتزم الورثة فيما عداها بأى التزام من التزامات مورثهم .

ولا تشبه الغيبة بالموت مهما طالت مدتها ، وإن كان يصح اعتبارها من الأسباب التى تجيز طلب تعيين حارس يقوم مقام الوكيل [1].

٤٠٢ـ تنظيم قانون المحاماة لانتهاء وكالة المحامى فى موته :

تنص المادة ٩٦ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن وكالة المحامى تنتهى بوفاته أو استبعاد اسمه أو محوه من الجدول أو تقييد حريته وبصورة عامة فى جميع الأحوال التى يستحيل فيها عليه ممارسة المحاماة ومتابعة أعماله ودعاوى موكليه .

وفى هذه الحالات ينتدب مجلس النقابة الفرعية محاميا من نفس درجة القيد على الأقل ما لم يختر المحامى أو ورثته محاميا آخر تكون مهمته اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على مصالح الموكلين وتصفية المكتب إذا كان لذلك مقتض ، وتتم هذه التصفية بموافقة ذوى الشأن وتحت إشراف مجلس النقابة الفرعية .

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٧ .

ثالثا : انتهاء الوكالة وفقا لقواعد العامة

٤٠٣- تعداد :

هـــناك أســـباب تؤدى إلى انتهاء الوكالة ، ورد النص عليها فى المادة ٧١٤ مدنى ، وتردد البعض الآخر فى مؤلفات الشراح . ويمكن القول بأن انـــتهاء الوكالة بـــهذه الأسباب يعتبر تطبيقا للقواعد العامة مما لا يتحتم النص عليها صراحة فى القانون وهذه الأسباب هى :

(أ)- إتمام العمل الموكل فيه .

(ب)- انتهاء الأجل المعين للوكالة .

(ج)- استحالة التنفيذ.

(د)- تغير أهلية الموكل والوكيل .

(هـــ)- الإفلاس .

(و)- الفسخ وتحقق الشرط الفاسخ .

أسباب انتهاء الوكالة وفقا للقواعد العامة

٤٠٤- (أ)- إتمام العمل الموكل فيه :

نصت المادة ٧١٤ مدنى على أن : " تنتهى الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه " ، ذلك أن تحديد مهمة الوكيل من شأنه زوال سلطته فى النيابة عن الموكـــل بانتهاء مهمته ، فلا يكون له بعد ذلك أن ينوب عنه . فإذا كان الوكيل موكلا بقبض دين للموكل فقبضه انتهت الوكالة بالنسبة له .

وإذا كـــان الوكيل محاميا فإن وكالته تنتهى بانتهاء العمل الموكل فيه أيضا ، لأنه بعد انتهاء العمل لا يصبح للوكالة محل تقوم عليه ، ولا مجال للتحدى بقيام عرف بشأن وكالة المحامى يقضى بأنـــها لا تنتهى إلا بإلغاء

التوكـــيل وعلم المحامى بـــهذا الإلغاء استنـــادا إلى العرف الجارى الذى نصت عليه المادة ٣/٧٠٢ مدنى ، ذلك أن مجال تطبيق هذا العرف هو فى تحديد التوابع الضرورية للأمر الموكل فيه .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن :

" وكالـــة المحامى تنقضى بأسباب انقضاء الوكالة العادية ، وأخصها انتهاء العمل الموكل فيه ، لأنه بعد انتهاء العمل لايصبح للوكالة محل تقوم علـــيه ، ولا يـــبقى إلا حق المحامى فى الأتعاب التى لم يقبضها، ولا وجه للتحدى بـــهذا العرف – القول بقيام عرف بشأن وكالة المحامى يقضى بأنـــها لا تنتهى إلا بإلغاء التوكيل وعلم المحامى بـــهذا الإلغاء- استنادا إلى العـــرف الجـــارى الذى نصت عليه المادة ٣/٧٠٢ من التقنين المدنى. ذلـــك أن مجال تطبيق هذا العرف هو فى تحديد التوابع الضرورية للأمر الموكـــل فيه ليستمر الوكيل فى الوكالة الخاصة فى مباشرتـــها باعتبارها متفرعة عن العمل الأصلى ومتصلة به " .

(طعن رقم ١٧١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

"١- تنتهى الوكالة انتهاء طبيعيا بإنـــهاء العمل ..... إلخ " [(١)] .

وإذا لم يتم الوكيل العمل الذى عهد به إليه ، لعدم نجاحه فى ذلك فإن الوكالة تنتهى أيضا .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٣٤ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى استخلصت المحكمة لأسباب سائغة أن الوكيل لم ينجح فى العمل الموكل فيه فانتهت بذلك مهمته ، فإن استخلاص المحكمة لهذه النتيجة هو استخلاص موضوعى ولا مخالفة فيه للقانون " .

(طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٤/٥)

٤٠٥- (ب)- انتهاء الأجل المعين للوكالة :

تنص المادة ٧١٤ مدنى على أن تنتهى الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو **بانتهاء الأجل المعين للوكالة ... "** .

فإذا حدد الطرفان أجلا لانتهاء الوكالة فإن الوكالة تنتهى بانقضاء هذا الأجل ، سواء كان هذا الأجل معينا أو غير معين كالموكل الذى يوكل غيره فى مباشرة شئونه بسبب اعتزامه السفر فإن توكيله ينتهى بعودته من رحلته إذ يفترض أن العاقدين قصدا استمرار الوكالة فى فترة غياب الموكل وانتهائها بعودته .

إنما إذا استمر الوكيل فى أداء عمله ، ولم يبين الموكل ما يشعر برغبته فى إنهاء الوكالة ، انعقدت بينهما وكالة ضمنية لا تنتهى إلا بأحد الأسباب التى تؤدى إلى انقضاء الوكالة .

ويعتبر من قبيل الأجل غير المحدد اشتراط استمرار الوكالة حتى موت الوكيل أو الموكل .

وهذا الشرط لا يحول دون حق الموكل فى عزل الوكيل فى أى وقت شاء [(١)].

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٩ .

كما أنه لايمنع الوكيل حقه فى التنحى أيضا . وقد يعين المتعاقدان أجلا يـــتم فيه الوكيل العمل دون أن يقصدا من تحديد الأجل إلا تقدير وقت تقـــريبى يتم فيه الوكيل عمله لا أن تنتهى الوكالة رغم عدم إتمام العمل خـــلال هذا الأجل ، ومن ثم فإن الوكالة لا تنتهى حتما بانقضاء الأجل، بل يجوز للوكيل المضى فى تنفيذ الوكالة حتى بعد انقضاء الأجل إذا هناك كانت ظروف تبرر هذا التأخير .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كـــان الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم الاستئنافى لأسبابه حـــين قضـــى بقبول الدفع بسقوط حق المدعى فى طلب حساب الوقف الذى كان يديره المدعى عليه بصفته وكيلا عنه قد أقام قضاءه بذلك على أساس ما أورده المدعى فى عريضة دعواه من أن توكيله المدعى‌عليه إنـــما كان بسبب سفره إلى خارج القطر ، وما استخلصه استخلاصا سائغا من المســتندات المقدمـــة إلى المحكمة من أن هذه الوكالة قد انقضت بعودة المدعى من الخارج ، وعلى أن دعوى الحساب إنـــما رفعت بعد انقضاء الوكالـــة بأكثر من خمس عشرة سنة هلالية ، وأن الخطابات المقدمة من المدعى للاستدلال بـــها على أن المدعى عليه لم ينقطع عن مباشرة إدارة الوقـــف بصفته وكيلا لا يدل على ما ورد بـــها على استمرار الوكالة ، وذلك بعد أن أورد بعض عباراتـــها وفسرها تفسيرا تحتمله وينفى المعنى الـــذى يقول به المدعى . ثم أيد هذا الحكم استئنافيا لأسبابه ، فلا يعيب الحكم الاستئنافى أنه لم يورد مضامين خطابات جديدة قدمها المدعى إلى

محكمـــة الاســـتئناف وقالت هذه الوكالة عنها إنـــها لم ترفيها ما يفيد استمرار الوكالة " .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٠/٢١)

غير أنه إذا باشر الوكيل تصرفا بعد انقضاء الأجل وانتهاء الوكالة دون أن تجـــدد تجديدا ضمنيا ، فإن أثر التصرف لا ينصرف إلى الموكل إلا فى حالة الوكالة الظاهرة .

٤٠٦ـ (جـ) استحالة التنفيذ :

تنص المادة ٣٧٣ مدنى على أن : " ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبى لا يد له فيه " .

وهـــذه المـــادة تسرى على عقد الوكالة كغيره من العقود ، فتنتهى الوكالة إذا استحال تنفيذها بقوة قاهرة أوحادث مفاجئ كحريق المنـــزل الذى فوض الوكيل فى بيعه أو شرائه أو رهنه أو إدارته . وهذه استحالة مادية .

ويســـرى عـــلى الاســـتحالة القانونية حكم الاستحالة المادية تطبيقا للقواعد العامة . فالشخص الموكل فى شراء منـــزل أو بيعه تنتهى وكالته إذا تصـــرف الموكل فى هذا المنـــزل للغير ، وسجل المشترى عقد شرائه قبل مباشرة الوكيل مهمته ، أو حتى بعد البدء فى مباشرتـــها ولكن قبل إتمامها . وكذلك الحكم بالنسبة للمحامى الموكل بالطعن فى حكم بأحد طرق الطعن المقررة فى القانون ، فإن وكالته تنتهى بفوات المواعيد المقررة للطعن فى هذا الحكم .

٤٠٧ـ (د)ـ تغير أهلية الموكل والوكيل :

لمــا كانت العبرة فى توافر الأهلية فى الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الــذى يباشر فيه الوكيل التصرف فى آن واحد . فإنه ينبنى على ذلك أنه إذا حجــر عــلى الموكل ، فإنه لا يعقل أن يستمر الوكيل فى النيابة عنه وإلزامه بالتصرفات التى يعقدها لحسابه بعد الحجر عليه ، لأنه يصبح غير أهل للالتزام بمثل هذه التصرفات وبالتالي غير أهل لصدور التوكيل منه ، مما يتعين معه القول بانتهاء الوكالة .

غــير أن مجرد الحجر على الموكل لا يكفى لانتهاء الوكالة ، وإنــما يجــب أن يعــلم الوكيل بالحجر ، وإلا استمر فى وكالته . كما يجوز أن يعتمد القيم الوكالة فتستمر الوكالة كما هى . ولا تنتهى الوكالة إذا كان الحجر ليس من شأنه أن يجعله غير أهل للتصرف الذى صدر منه التوكيل فــيه ، كأن كان التصرف من أعمال الإدارة وكان الموكل مأذوناله فى إدارة أمواله [١].

ويعتــبر مــن قبيل تغير الأهلية المؤدى إلى انتهاء الوكالة الحكم على الموكل بعقوبة جناية ، لكونه يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من إدارة أشــغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله . ولا يجوزله أن يتصرف فى أموالــه إلا بناء على إذن المحكمة . ويعين عليه قيم للنيابة عنه (م ٤/٢٥ عقوبات) .

---

(١) السنهورى ص ٨٤٨ .

أمـــا بالنســـبة للوكيل ، فإن تغيير أهليته الطارئ بعد انعقاد الوكالة كالحجر عليه من شأنه أن يذهب بثقة الموكل فيه ، ومن السهل جداً أن نفـــترض أن نـــية الموكل انصرفت إلى إنـــهاء الوكالة بمجرد تغير حالة الوكيل ، لأنه وقد اختار وكيلا كامل الأهلية أراد أن يتعامل مع شخص أهل لأن يلتزم بسائر الالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة كما أن الوكيل بالحجر عليه يصبح غير أهل للالتزامات الناشئة عن الوكالة ، حتى لو بقى أهلا لمباشرة التصرف الموكل فيه ، ومن ثم تنتهى وكالته ، حتى لا يتحمل الموكل نتيجة خطئه دون أن يكون فى وسعه أن يسأله عن هذا الخطأ .

٤٠٨ـ (هـ)ـ الإفلاس :

المقرر أن يد المفلس تغل بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس عن إدارة أمواله والتصرف فيها (م٥٨٩/١من قانون التجارة رقم١٧لسنة ١٩٩٩). وتعـــين المحكمـــة فى حكم الإفلاس وكيلا لإدارة التفليسة يسمى " أمين التفليسة " (م ٥٧١/١) فالمفلس لا يستطيع إدارة أمواله أو التصرف فيها، ومـــن ثم لايملـــك ذلك عن طريق وكيل ، كما أن الوكيل المفلس وقد غلت يده عن أمواله ، فأولى أن تغل يده عن أموال موكله .

ومـــن ثم يترتـــب على صدور الحكم بشهر إفلاس الموكل أو الوكيل انتهاء الوكالة .

و يسرى على الإعسار ما يسرى على الإفلاس .وإذا أفلس الموكل أو أعســـر ، جاز للوكيل التمسك بانتهاء الوكالة ، كما يجوز ذلك لدائنى الوكيل .

ولكـــن لا يجوز للموكل نفسه أن يتمسك بـــذلك ، كمـــا لايجوز الاحـــتجاج بانـــتهاء الوكالة على الوكيل قبل أن يعلم بحكم الإفلاس أو الإعســـار . أمـــا إذا أفلس الوكيل أو أعسر ، فإن للموكل أن يتمسك بانتهاء الوكالة ، ولا يجوز ذلك للوكيل .

وإذا تعدد الموكلون أو الوكلاء وأفلس أحدهم أو أعسر ، فإن الوكالة تنتهى بالنسبة إليه وحده ، ما لم تكن غير قابلة للتجزئة .

(و)- الفسخ وتحقق الشرط الفاسخ :

طـــبقا للقواعد العامة يجوز لكل من الموكل والوكيل طلب فسخ عقد الوكالة إذا أخل الطرف الآخر بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد .

وتـــتحقق مصلحة الوكيل فى طلب الفسخ لعدة أسباب ، فقد يكون مـــن غير الجائز له التنحى عن الوكالة ، أو كان يرغب فى مطالبة الموكل بالـــتعويض بجانب الفسخ ، أو كان يرغب فى توقى رجوع الموكل عليه بالتعويض .

وأيضا يكون للموكل مصلحة فى طلب فسخ عقد الوكالة ، إذا كان لا يجـــوز له عـــزل الوكيل ، أو كان يرغب فى مطالبة الوكيل بالتعويض بجانب الفسخ ، أو توقى رجوع الوكيل عليه بالتعويض .

وإذ علقـــت الوكالـــة على شرط فاسخ ثم تحقق هذا الشرط فإنـــها تنفسخ طبقا للقواعد العامة دون حاجة لإجراء آخر .

وهذا يغنى عن إرادة الوكيل كما فى التنحى ، وإرادة الموكل كما فى العزل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم قد أقام قضاءه بطرد الطاعن (الوكيل) من المخزن المسلم إليه بسبب الوكالة على ما استخلصه من ظاهر المستندات المقدمة إلى المحكمة من أن المطعون ضدها (الموكل) قد أنهت عقد الوكالة بإنذار وجهته إلى الطاعن إعمالاً للشرط الصريح الوارد بعقد الوكالة وأنه بذلك يصبح وضع يده من غير سند وبمثابة غصب يبرر الالتجاء إلى القضاء المستعجل لإزالته ولم يقم الحكم وزناً لمنازعة الطاعن المؤسسة على أن استعمال المطعون ضدها للحق الذى يخوله لها الاتفاق مبنى على التعسف – وهى منازعة يرمى الطاعن من ورائها إلى تعديل الاتفاق فى الآثار المترتبة عليه فإن الحكم لا يكون قد أخطأ أو عاره قصور ذلك أن مهمة قاضى الأمور المستعجلة فى هذه الحالة تقتصر على تنفيذ الاتفاقات دون إجراء أى تعديل فيها وليس فيما قرره الحكم مساس بالحق الذى يبقى محفوظاً سليماً يتناضل فيه ذوو الشأن لدى جهة الاختصاص " .

(طعن رقم ٣٣٦ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٢٦)

٤٠٩ـ أحكام تترتب على انتهاء الوكالة أيا كان سبب انتهائها:

هناك أحكام تترتب على انتهاء الوكالة أيا كان سبب انتهائها ، أى سواء كان انتهائها بإظهار أحد الطرفين إرادته فى إنهاء الوكالة أو موت الموكل أو الوكيل ، أو أحد الأسباب التى تعتبر تطبيقا للقواعد العامة، ومن أهم هذه الأحكام ما يأتى :

١- عدم انتهاء الوكالة بأثر رجعى :

فالآثـــار التى رتبتها الوكالة قبل الإنـــهاء تظل سارية ، ولا ينال منها انـــتهاء الوكالة . ومن ثم فإن التصرفات التى باشرها الوكيل تظل سارية يلـــتزم بـــهـــا الموكل طبقا لقواعد الوكالة ، كما يلتزم كل من الموكل والوكيل قبل الآخر بسائر الالتزامات التى يرتبها عقد الوكالة قبله ، والتى عرضنا لها فيما سلف .

٢- عدم انتهاء الوكالة إلا من وقت العلم بسبب انتهائها :

وقـــد كـــان المشرع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا برقم ٩٩٥ يجرى على أن : " تعتبر الوكالة قائمة فى جانب الوكيل ، حتى لو كانت قـــد انتهت، مادام لا يعلم بانتهائها " – وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " على أنه مهما كان السبب فى انتهاء الوكالة ، فما دام الوكـــيل لا يعـــلم بانتهائها فهى قائمة حتى يعلم . كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم يخطره بذلك ، أو مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته " [١].

إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة ، والغالب أن يكون الحذف اكتفاء بالقواعد العامة .

وإذا عـــلم الوكيل بانتهاء الوكالة وتعامل مع آخر حسن النية ، فإننا نكون بصدد وكالة ظاهرة إذا تحققت شروطها .

٣- وجوب اتخاذ الوكيل الإجراءات التحفظية :

تنص المادة ١/٧١٧ مدنى على أن :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٣٣ وما بعدها .

" عــلى أى وجــه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف " .

وهذا النص يواجه الحالة التى تنتهى فيها الوكالة ، بعد أن بدأ الوكيل فى تنفــيذ الوكالــة ، دون أن يتمها . ويوجب على الوكيل رغم انتهاء الوكالة أن يتخذ من الأعمال التحفظية ما يصون به مصلحة الموكل . فإذا كــان الوكيل قد بدأ فى جنى المحصول وبيعه وجب عليه أن يستمر حتى يصــل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل مأمونة ، ودون أن يكون من الضرورى الانتهاء من بيع المحصول بأكمله .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- إذا انتهــت الوكالــة بغير موت الوكيل ، وجب على هذا أن يــتخذ من الأعمال التحفظية ما يصون به مصلحة الموكل. فإذا كان قد بدأ فى جنى المحصول وبيعه وجب عليه أن يستمرحتى يصل إلى حالة تكون معهــا مصالح الموكل مأمونة ، دون أن يكون من الضرورى الانتهاء من بيع المحصول بأكمله " [1].

وتقديــر ما إذا كان الأمر يستلزم اتخاذ إجراءات تحفظية من عدمه مما يستقل به قاضى الموضوع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لــيس فى نصوص القانون ما يرفع عن كاهل الوكيل ما فرضته عليه الفقــرة الأخيرة من المادة ٥٢٢ مدنى عند انتهاء توكيله ، من أن يجعل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٥ ص ٢٣٨ .

الأعمال التى ابتدأها فى حالة تقيها من الأخطار ، إذا ما علم ورثة الموكل بـــما بدأه من عمل ، بل الأمر فى تقدير الأحوال التى توجب ذلك على الوكـــيل مـــتروك لمحكمة الموضوع ، ولا معقب عليها فيه متى كانت قد استندت إلى أسباب صحيحة تبرره " .

(طعن رقم ٧٢ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٩)

· ويدخـــل فى هـــذه الأعمال التحفظية الاحتفاظ بالوثائق وغيرها من الأوراق الخاصـــة بالموكل ، وبوجه عام القيام بكل ما تقتضيه الظروف واتخاذ ما يجب من الوسائل والتدابير لصون مصالح الموكل وذلك إلى أن يـــتمكن الموكل نفسه أو الوكيل الجديد من مباشرة الأعمال محل الوكالة السابقة .

وتكون الوكالة قائمة بصدد هذه الأعمال التحفظية ، مما يترتب عليه بقاء التزامات كل من الموكل والوكيل .

(راجـــع نقـــض طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١ منشور ببند ٣٩٣).

و قـــد رأينا سلفا (بند ٤٠١) أن ورثة الوكيل فى حالة وفاته وانتهاء الوكالـــة لهذا السبب يلتزمون بالقيام بـــهذه الأعمال التحفظية بالتفصيل الذى أوردناه .


محتويات الكتاب

(العقد الأول)
(عقد الهبة)

رقم البند	الموضـــــوع	رقم الصفحة

(ثانيا)

السبب فى عقد الصلح

ظهر للمؤلف عن دار محمود للنشر والتوزيع

١- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية.

الجزء الأول (الطبعة الخامسة عشرة)

٢- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية.

الجزء الثانى (الطبعة الخامسة عشرة)

٣- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية.

الجزء الثالث (الطبعة الخامسة عشرة)

٤- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى أجرة الأماكن القديمة وما طرأ عليها من تخفيفات وزيادات.

الجزء الرابع (الطبعة الخامسة)

٥- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى عقد الإيجار فى التقنين المدنى الجديد.

الجزء الخامس (الطبعة السادسة)

٦- شرح قانون المبانى الجديد من الناحيتين الجنائية والمدنية (الطبعة السادسة)

٧- الحراسة القضائية في ضوء الفقه والقضاء .

(الطبعة الرابعة)

٨- قسمة المــال الشائــــع وأحكام دعــــــوى الفرز والتجنيب فقهــا وقضاء.

(الطبعة التاسعة)

٩- الحجز القضائي على المنقول في ضوء الفقه والقضاء وطبقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ .

(الطبعة الثانية)

١٠- الدفوع في قانون المرافعات فقها وقضاء.
(وطبقــا للأحكــام القانــون رقــم ١٨ لسنة ١٩٩٩)

(الطبعة الثالثة)

١١- التجريــف والتبــوير والبناء علــى الأرض الزراعية وقمــائــن الــطــوب.

(الطبعة السابعة)

١٢- التعليق على قانون الرسوم القضائية في ضوء الفقه والقضاء.

(الطبعة الثانية)

١٣- موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية - الكتاب الأول .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٤- موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية - الكتاب الثاني .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٥- موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية - الكتاب الثالث .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٦ - موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الرابع .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٧ - موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الخامس .

(الطبعة التاسعة)

١٨ - شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١.

(الطبعة السابعة)

١٩ - موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد- المجلد الأول . (الطبعة الأولى)

٢٠ - موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد - المجلد الثانى . (الطبعة الأولى)

٢١ - موسوعةالفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد- المجلد الثالث . (الطبعة الأولى)

٢٢ - موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد - المجلد الرابع. (الطبعة الأولى)

٢٣ - موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل.

المجلد الأول . (الطبعة الثالثة)

٢٤ - موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد.

المجلد الثانى . (الطبعة الثالثة)

٢٥ - موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد.

المجلد الثالث . (الطبعة الثالثة)

٢٦- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود المدنية الصغيرة) .

المجلد الأول : (عقد الهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة) .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

٢٧- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود المدنية الصغيرة) .

المجلد الثاني : عقد الوديعة - عقد العارية - عقد القرض- عقد الدخل الدائم أو الإيرادات المرتبة الدائمة - عقد المرتب مدى الحياة - عقد المقامرة - عقد الرهان .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

٢٨- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود المدنية الصغيرة) .

المجلد الثالث : عقد المقاولة .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

كتب نفدت

١- أحكام الإيجار فى قانون الإصلاح الزراعى.
(الحائز على جائزة التأليف الزراعى)

(الطبعة العاشرة)

٢- مشكلات الملكية والحيازة فى قانونى الزراعة والإصلاح الزراعى.

٣- إيجار الأماكن المفروشة وتبادل الشقق.

٤- ملحق بشرح التعديلات الجديدة فى إيجار الشقق المفروشة.

٥- شرح التعديلات الجديدة فى قانون الإصلاح الزراعى.

٦- انتقال الإيجار إلى ورثة المستأجر بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائية (دستورية).

٧- شرح قانون الأسلحة والذخائر.

٨- جرائم التشرد والاشتباه فقها وقضاء (الطبعة الثانية).

٩- الطفل وحنان القانون (كتاب ثقافى للطفل)

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

٨٢٢٧ / ٢٠٠٣

الترقيم الدولى I. S. B. N

977 - 5312 - 77 - 9



٢٣ ش رشدى عابدين - ٣٩٢٥٢٧٦

